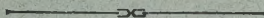


UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

LES
FIANÇAILLES

OU

PROMESSES DE MARIAGE



THÈSE
POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PAR

Stanislas ROCA



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

—
1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémoud, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Droit civil approfondi.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel

Antonelli, chargé de cours d'Économie politique.

Laborderie-Boulou, chargé du cours d'Histoire du Droit (licence) et de l'Histoire du droit privé français (doctorat).

Rochette, secrétaire.

Laurens, professeur honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Charmont, *président*.

Perreau,

Laborderie-Boulou,

} *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

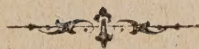
LES
FIANÇAILLES

OU
PROMESSES DE MARIAGE

THÈSE
POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PAR

Stanislas ROCA



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1907

LES FIANÇAILLES

OU

PROMESSES DE MARIAGE

INTRODUCTION

L'usage des fiançailles remonte haut dans l'antiquité. L'histoire nous fait assister au fonctionnement de cette institution chez bien des peuples peu avancés dans la voie de la civilisation ; nous la voyons entourée de cérémonies solennelles, liée parfois aux rites sacrés de la famille ou de la tribu. Comment être surpris d'une pareille sollicitude à l'égard de l'engagement préliminaire au mariage, de l'acte qui prépare l'avènement d'une nouvelle famille et qui contribue puissamment à assurer la solidité de ses fondations ? En rapprochant les futurs époux, en leur donnant le temps et les moyens de s'étudier, de se connaître dans leurs qualités et défauts respectifs, « à s'estimer pour les unes, à patienter pour les autres, à commencer de s'accorder une affection de plus en plus consciente de sa haute valeur, mais aussi de sa fragi-

lité » (1), les fiançailles évitent les unions contractées à la légère et apparaissent ainsi comme un remède préventif des plus efficaces contre le divorce (2). « Ne livrez pas trop tôt l'épouse, dit saint Augustin, pour que le mari continue à l'estimer, car ce que l'on n'a pas appris à choisir et à désirer, facilement on le méprise. » (3)

Malgré leurs inappréciables avantages moraux et sociaux, on ne saurait, sans danger, se montrer trop affirmatif sur leur étendue géographique et on risquerait fort d'aller au-delà de la vérité, à vouloir prétendre qu'elles ont existé toujours et partout. S'il est vrai, comme le rapportent les annales chinoises, qu'au commencement les hommes ne différaient en rien des autres animaux dans leur manière de vivre, ou, ce qu'on peut lire dans le Mahâbhârâtâ, poème indien, que les femmes étaient libres et erraient à leur guise en pleine indépendance (4), quelle place

(1) M. Escart, *Réforme sociale*, année 1901, 2, p. 890.

(2) A ce point de vue moral s'ajoutent des considérations économiques que Le Play a très bien fait ressortir : les fiançailles stimulent le fiancé à s'assurer, par des efforts de travail et d'épargne, l'habitation, le mobilier et les vêtements qui seront nécessaires au futur ménage ; elle développent ainsi, grâce au plus puissant attrait de l'humanité, les habitudes et les vertus sur lesquelles sera fondé le bonheur des futurs époux. Le côté économique des fiançailles intéresse particulièrement le monde ouvrier, mais il n'est pas étranger aux classes bourgeoises. Le Play, *Les Ouvriers européens*, t. 1^{er}, p. 437-438.

(3) Saint Augustin, *canonum institutum*, 27, quæstio 2.

(4) « Jadis, déclare le Mahâbhârâtâ, ce ne fut pas un crime d'être infidèle à son époux, ce fut même un devoir ; les femmes de toutes les classes étaient communes ; telles que sont les vaches, telles étaient les femmes ; chacune avait sa caste ». Mahâbhârâtâ, I. 503.

leur assigner dans un mode d'existence aussi anarchique, dans ce régime de sauvage promiscuité ? Et pourtant, quelque invraisemblable que paraisse cette hypothèse, on peut l'appuyer sur des documents qui offrent certaines garanties de véracité. Hérodote (1) raconte que chez les Anses, tribu éthiopienne, les femmes vivaient en commun ; les hommes n'habitaient pas avec elles et s'accouplaient à la manière des animaux. Lorsqu'il naissait à une femme un enfant vigoureux, les hommes allaient le voir, le troisième mois, et celui à qui il ressemblait le reconnaissait pour sien. Encore aujourd'hui, affirme M. Giraud-Teulon, le communisme le plus absolu règne en quelques districts de la Nouvelle-Zélande, de l'Amérique du Sud, des îles Andaman et Nicobar. Il en conclut que « si la promiscuité n'est pas le point de départ obligé de toutes les races, elle paraît du moins l'avoir été pour un nombre considérable d'entre elles, et le plus souvent, le principe de la famille n'a pu se développer que sur un fonds préalable de communisme ». (2)

Tel n'est pas l'avis de certains auteurs, qui constatent combien il est difficile de croire que l'homme ait pu ignorer, pendant une certaine période, un sentiment aussi puissant que la jalousie. M. Westermarek cite, entre autres exemples, les Fuégiens qui, paraît-il, sont très jaloux de leurs femmes et ne per-

(1) Hérodote, liv. 4, p. 104.

(2) Giraud-Teulon, *Origine de la famille*, p. 50.

mettent à personne, lorsqu'ils peuvent l'empêcher, d'entrer dans leurs huttes, surtout à de jeunes garçons; l'Australien, que le mariage anime d'une jalousie sévère et vigilante, au point de ne pas permettre à ses femmes de parler à un homme ou d'avoir aucun rapport avec lui ; même avec un frère, elles sont presque empêchées d'échanger une seule parole ; les Thlinket dont un se signala, s'il faut en croire le mythe de cette peuplade, par l'exploit suivant : ayant une femme et une sœur, il conçut une telle jalousie de sa femme qu'il tua les enfants de sa sœur, parce que ceux-ci la regardaient (1).

Ces divers faits autorisent à conclure que le prétendu état de promiscuité dans lequel auraient vécu les premiers hommes, est une pure hypothèse, dénuée de fondements. Si la promiscuité s'est trouvée réalisée chez quelques peuples ou tribus, elle est demeurée étrangère à la généralité des groupements humains (2).

Ce n'est pas à dire que les fiançailles aient été connues et pratiquées, sitôt qu'il y a eu des hommes ; la force brutale a, pendant longtemps, tenu lieu de droit ; l'individu du sexe faible appartenait donc au plus fort ou au plus habile, à celui qui avait su le

(1) Westermarck, *Origines du mariage dans l'espèce humaine*, p. 115-116. Voir, sur ces questions, Dumont d'Urville, *Voyages de découvertes de l'Astrolabe pendant les années 1826, 1827, 1828, 1829*, t. XI, p. 41.

(2) M. Letourneau croit qu'elle n'a guère été adoptée que chez quelques associations ou confréries. Letourneau, *Evolution de la famille et du mariage* p. 55.

ravir à la protection des siens et l'amener de gré ou de force avec lui (1).

Point n'est besoin de préliminaires nuptiaux, durant cette période de cruelle barbarie, pour arriver à posséder l'objet de sa convoitise, à obtenir la compagnie de l'existence, à moins de voir ces préliminaires dans les procédés d'adresse, de ruse, auxquels on devait avoir recours, dans les combats sanglants que devait quelquefois livrer celui qui désirait une conquête.

Cette pratique du rapt, contestée par quelques-uns comme ayant été très répandue, a persisté longtemps à l'état symbolique. Lorsque la férocité des âges primitifs fut un peu adoucie, le formalisme s'empara des traditions de violence auxquelles on se trouvait accoutumé, « on aima à symboliser dans le cérémonial du mariage les enlèvements d'autan qu'on n'osait ou qu'on ne pouvait plus commettre » (2). Ce qui était jadis réalité, entra dans le domaine de la fiction. Alors seulement les fiançailles

(1) « L'Australien qui désire enlever une femme appartenant à une autre tribu, rôde traitreusement autour du campement. Vient-il à découvrir une femme sans protecteur, il se jette sur elle, l'étourdit d'un coup de massue, la saisit par son épaisse chevelure, la traîne ainsi dans le bois voisin, puis quand elle a repris ses sens, il l'oblige à le suivre au milieu des siens, il la viole en leur présence. » Letourneau, *op. cit.*, p. 111.

(2) Letourneau, *op. cit.*, p. 117. M. Yate cite un cas typique : deux époux, au sortir de l'église, car ils étaient convertis, rencontrèrent la mère de la jeune fille vociférant, s'arrachant les cheveux, injuriant le missionnaire, tout en lui disant à demi-voix de ne pas s'en émeouvoir, car tout cela n'était pas sérieux. Yate, *New. Zealand*, p. 96.

purent s'introduire dans les mœurs, mais ce ne fut pas sans recevoir de fortes empreintes de la grossièreté et de la barbarie de ces époques lointaines.

Elles se réduisaient à un véritable marché conclu entre le jeune homme et les parents de la future, parfois entre les deux familles (1). C'était, d'ordinaire, les parents de la jeune fille qui recevaient les présents ; dans ces tribus sauvages, en effet, la femme était généralement considérée comme un être de condition inférieure ; elle devenait, en vertu du mariage, la propriété d'un mari, toujours disposé à user largement de son droit : sa condition était celle de l'esclave, et d'un esclave envers lequel on pouvait agir sans ménagements. M. Verneau (2) a observé ces phénomènes dans bien des sociétés. Au Congo, nous dit-il, la femme est partout chargée des travaux des champs aussi bien que des soins domestiques ; chez les Papouas, elle construit les divers ustensiles de cuisine, manie la hache, abat les arbres, est chargée de l'approvisionnement de la maison et des corvées

(1) On retrouve encore aujourd'hui certains peuples qui n'ont pas dépassé ce degré de développement : en Nouvelle-Calédonie, où les parents fiancent leurs enfants presque au moment de leur naissance ; dans l'Afrique noire. Chez les Hottentots, où les femmes vieillissent vite, les hommes avisés retiennent, des années à l'avance, des petites filles destinées à succéder à leurs femmes actuelles ; chez certains Esquimaux, dès qu'une fille naît, le garçon qui veut l'avoir se rend à la tente du père, et si sa demande est agréée, on échange une promesse qui devient obligatoire.

Parfois, comme en Australie, les promesses de mariage doivent être consenties par le clan tout entier, mais Westermarck pense que ce fait est assez rare.

(2) Verneau, *Races humaines*, p. 163, 186, 229.

les plus pénibles. C'est bien pis, chez les Australiens : la femme y est une sorte d'esclave, « dont le rôle consiste à nourrir son maître, à servir de bête de somme et à recevoir sans regimber tous les coups qu'il plaira à son seigneur de lui octroyer ».

L'achat d'un objet aussi utile devait se payer assez diversement, ainsi qu'en témoigne le récit des voyageurs. Chez les Cafres, une fille coûte dix à douze vaches ; chez les Sakaïes, 10 ringguits (cinquante francs), versés entre les mains du père. Au Congo, le jeune homme doit offrir au père une certaine quantité de sel, de fer ou d'étoffes. De même au Gabon. Aussi, dans quelques tribus congéennés, les gens aisés ont seuls des femmes ; mais ceux sans fortune ne se contentent pas d'admirer les femmes des autres ; ils s'exposent cependant, s'ils se laissent surprendre, à être vendus comme esclaves.

Chez certains peuples, le fiancé est obligé, notamment lorsqu'il ne peut donner la contre-valeur nécessaire, de fournir aux parents de sa promise, une certaine somme de travail équivalent au prix de la jeune fille désirée. D'après M. Letourneau (1), ce mode de fiançailles aurait été fréquent chez les Indiens de l'Amérique du Nord : le futur s'engageait à servir pendant un certain laps de temps la famille de la future ; il chassait pour elle, construisait des canots, cultivait la terre là où l'agriculture était en

(1) Letourneau, *op. cit.*, p. 135-136.

usage ; chez les Kanaï, le fiancé allait, pendant un an, tous les matins, chez les parents de la jeune fille, pour y préparer les aliments, apporter de l'eau, chauffer la chambre de bain.

Le progrès des mœurs apporta un adoucissement considérable à la situation matérielle et morale de la femme. Il releva sa condition et sa dignité. Son individualisme se dégagait peu à peu des liens familiaux, et, particulièrement pour l'acte le plus important de l'existence, on eut de plus en plus égard à la manifestation de sa volonté propre.

L'Eglise contribua beaucoup à l'acquisition de ce résultat ; la notion d'égalité entre l'homme et la femme, qu'elle chercha à répandre dans le monde, permit de considérer, à l'avenir, le mariage comme établissant une vraie société entre époux. L'engagement prénuptial ne fut plus pour la femme une source d'esclavage ; il lui laissa la perspective de devoirs et de charges, mais de devoirs moraux et de charges réciproques.

C'est à ce stade d'évolution que se sont arrêtées les législations modernes. Chose curieuse, certains peuples qui n'ont pas reçu comme nous les bienfaits d'une civilisation toute chrétienne, ont réalisé les progrès les plus considérables dans le sens de la liberté. Chez les tribus non civilisées de l'Inde, les parents arrangent ostensiblement les mariages, mais ils consultent les enfants et suivent, en règle générale, leurs indications, car s'ils résistaient, on passerait outre leur décision, à l'aide d'un enlèvement ;

chez les Dyaks, « les filles sont parfaitement libres de choisir leur compagnon » ; chez les Guanas du Sud-Amérique, « aucune femme ne consent à se marier sans avoir fait ses stipulations préliminaires très détaillées avec son prétendu et avec son père et ses parents, à l'égard de leur genre de vie réciproque » (1).

C'est plutôt, cependant, d'un régime transitoire qu'à une évolution bien accomplie, que ces divers peuples nous offrent le tableau. Dans l'Inde, la famille ne se décide à satisfaire la volonté des parties, que par crainte d'un enlèvement ; chez les Guanas, nous voyons la femme peu confiante dans le sort que lui réserve l'union projetée, prendre le soin de le régler à l'avance. De tels faits ne doivent point empêcher de reconnaître le degré avancé de civilisation qu'ont atteint des nations restées païennes. Ils précisent par là même la portée qu'il convient d'attribuer à l'action de l'Eglise, en la matière qui nous concerne. L'Eglise n'a pas dévié l'évolution ; elle a simplement pressé, hâté sa marche en avant vers l'individualisme, vers la liberté. Les mêmes progrès eussent été réalisés à l'abri de son influence, mais beaucoup plus tardivement.

Les fiançailles sont-elles condamnées à disparaître ?

On aurait pu le croire, lors de la promulgation du

(1) Westermarck, *op. cit.*, p. 204, 205.

Code civil. Le législateur de 1804 les a, en effet, passées sous silence, leur enlevant ainsi leur caractère de pacte familial pour les assimiler à une simple convention, soumise aux règles du droit commun des obligations pécuniaires (1). N'était-ce pas les vouer à l'oubli ? Elles sont demeurées cependant vivantes dans les mœurs. L'exemple que nous avons voulu donner n'a, d'ailleurs, pas été suivi par les nations européennes, par celles même qui ont montré le plus d'attachement aux prescriptions de nos lois. Les Codes les plus récents s'occupent des fiançailles, et les projets de réforme de notre Code civil prévoient certaines dispositions qui leur seront consacrées.

On ne saurait pourtant se dissimuler qu'elles ont beaucoup perdu de la vigueur qu'elles possédaient dans les derniers siècles de Rome et pendant le Moyen-âge. Sans proclamer le lien antenuptial indissoluble, l'Eglise lui avait attaché les conséquences les plus énergiques ; les officialités contraignaient, au moyen de châtimens corporels, le fiancé à rester fidèle à sa promesse. Ces mesures de rigueur contre lesquelles luttèrent les parlements pendant la dernière période de l'ancienne monarchie, sont en com-

(1) Nous avançons une théorie qui a été soutenue par certains des premiers commentateurs du Code civil et qui est repoussée depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence. Celles-ci nient absolument l'existence de toute convention de fiançailles, mais elles attachent néanmoins à l'inexécution d'une promesse de mariage certains effets. Nous discuterons ces questions dans notre 3^{me} partie.

plet désaccord avec les conceptions libérales d'aujourd'hui ; elles ont été partout rejetées. On considère comme contraire à la nature même de fiançailles, qui sont avant tout une période de préparation, une phase d'épreuves, d'astreindre à l'union conjugale quelqu'un qui n'en veut pas ; il est seulement passible de dommages-intérêts lorsqu'il a rompu sans motifs légitimes, si, du fait de cette inexécution, est résulté un préjudice pour le futur déçu.

Ne peut-on cependant pas discerner des symptômes inquiétants pour l'avenir des fiançailles ? Les unions libres se multiplient à notre époque, le lien nuptial se relâche, le divorce est admis par l'immense majorité des législations, la jurisprudence française l'accorde avec la plus grande facilité. « Il est vraisemblable, dit M. Letourneau, qu'un avenir plus ou moins lointain inaugurerá le régime des unions monogamiques, librement contractées et, au besoin, librement dissoutes, par simple consentement mutuel, ainsi que se font déjà les divorces dans certains pays européens, à Genève, en Belgique, en Roumanie, etc. et la séparation en Italie. Dans ces divorces futurs, la communauté n'interviendra que pour sauver ce qui est pour elle d'intérêt vital : le sort et l'éducation des enfants. » (1)

Le développement de l'union libre est certainement défavorable aux fiançailles, mais rien ne prouve qu'elle soit l'avenir. Tout au contraire, l'Etat est trop

(1) Letourneau, *op. cit.*, p. 446.

intéressé à assurer la stabilité de la famille pour ne pas consacrer par la loi, l'acte qui lui donne naissance ; sa sécurité, sa puissance en dépendent. La famille, on l'a dit souvent, est la première assise sociale. Bien des gens qui admettent le divorce, le considèrent comme un mal nécessaire ; il met fin à des situations intolérables, prévient le concubinage, en permettant à celui qui a été malheureux dans une première union de fonder une nouvelle famille. M. Letourneau avoue que, pour vaquer aux importantes fonctions de tuteur et au besoin d'éleveur d'enfants, il faudrait à l'Etat des ressources considérables qui lui font défaut aujourd'hui.

Où donc les trouvera-t-il ? Voilà le point délicat qui nous paraît insoluble. Il est à croire que la famille conservera toujours certaines prérogatives vis-à-vis de l'enfant qui est son œuvre. N'est-elle pas son protecteur naturel ?

Le mariage subsistera donc, à l'état d'institution fondamentale, et par lui, les fiançailles qui le préparent et le solidifient.

PREMIÈRE PARTIE

LES FIANÇAILLES DANS L'ANTIQUITÉ GRECQUE ROMAINE ET GERMANIQUE

CHAPITRE PREMIER

LES FIANÇAILLES DANS LE DROIT GREC

SECTION PREMIÈRE. — *Les Fiançailles à l'époque Homérique.*

Il est difficile, à raison du peu de renseignements que nous possédons sur ces époques lointaines, de bien préciser les conditions juridiques dans lesquelles intervenait le contrat de fiançailles. Nous pouvons cependant en affirmer l'existence et ne pas nous avouer réduits à de pures conjectures au sujet de certains de ses caractères (1). Ainsi, Homère rapporte que Priam avait promis sa fille Cassandre à Othryonnée (2), si celui-ci réussissait à éloigner les Grecs de la Troade ; Agamemnon offrit à Achille

(1) C'est M. Beauchet qui, dans son ouvrage remarquable sur l'histoire du droit privé dans la république athénienne, a jeté une vive lumière sur ces questions jusque-là très obscures.

(2) *Iliade*, liv. I, vers 391 et suiv.

une de ses filles en mariage, afin d'apaiser son courroux (1).

Nous voici bien en présence d'une promesse de mariage, et il semble, en outre, résulter de ces deux exemples, quelques éclaircissements sur le degré de puissance qu'atteignait alors l'autorité paternelle : ne voyons-nous pas le père de famille disposer de sa fille à son gré, sans chercher à connaître les intentions de celle-ci ?

D'autres renseignements, puisés à la même source, appuient solidement cette opinion. Le poète grec parle fréquemment des « edna » ; Agamemnon, présentant sa fille à Achille, la lui promet sans obligation aux « edna » (2). Les edna sont les présents que le prétendant offre au Kyrios (père ou tuteur) de la jeune fille, présents qui consistent en bœufs et en moutons, la monnaie étant encore inconnue. Iphidamos, par exemple, propose à son futur beau-père cent bœufs et mille moutons (3). Parfois, la prestation était tout autre. Nous venons de voir que celle qu'Othryonnée devra fournir sera l'expulsion des Grecs de la Troade ; Achille devra calmer sa colère. Les fiançailles nous apparaissent donc comme un contrat synallagmatique, comme une vente véritable consentie entre le jeune homme et le père de la

(1) *Iliade*, liv. XI, vers 147 et suiv.

(2) *Iliade*, liv. IX, vers 142 et 289.

(3) *Iliade*, liv. XI, vers 324 et suiv.

jeune fille. L'objet de cette vente sera : une chose, la fiancée ; un prix, les edna.

Ces conclusions ne sont pas encore absolument démontrées. M. Hruza (1) s'est refusé à voir dans les edna un prix réel d'achat, une valeur cédée en échange d'une autre valeur. Il a soutenu que le mot edna correspond à l'expression française « douceur ». Les edna seraient un don gracieux du prétendant à son futur beau-père, en vue d'attirer sa bienveillance. Il base principalement son opinion sur la disproportion entre les edna et la qualité, la condition sociale de la jeune fille prétendue achetée : comment concevoir, dit-il, qu'Iphidamos ne donne que 100 bœufs et 1.000 moutons pour acquérir la fille d'un prince grec ?

M. Beauchet oppose à cette théorie deux arguments, dont le second est particulièrement significatif (2). Il observe, en premier lieu, que tous les peuples d'origine aryenne, les Hindous comme les Grecs, ont connu et pratiqué longtemps le mariage par achat ; il ajoute que les Hellènes le pratiquaient encore vraisemblablement lorsqu'ils se fixèrent en Grèce. Hruza le reconnaît lui-même.

En second lieu, il ressort très clairement, dit-il, de certains passages d'Homère, que les edna constituent l'élément d'une vraie vente : ainsi le mari d'Aphro-

(1) Hruza, *Beitrag zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, 1^{re} partie, page 12.

(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 115 et 116.

dite exige de Zeus la restitution des edna, à la suite de l'adultère de sa femme (1).

Nous ajoutons qu'on ne comprendrait guère l'épithète peu flatteuse d' « alphasuboi » qu'emploie Homère à l'adresse des fiancés, s'il était vrai que les bœufs acquis aux parents de la femme par les fiançailles, leur étaient offerts à titre de simples présents d'usage.

Les fiançailles étaient donc très vraisemblablement un véritable contrat de vente,

Quelle en était la destinée ? Étaient-elles définitives ou pouvaient-elles être impunément rompues par la volonté de l'un des contractants, ou bien, solution intermédiaire, le retrait de la parole donnée, sans motifs légitimes, faisait-il encourir une certaine peine au coupable ?

M. Beauchet (2) garde le silence, ne trouvant aucune explication dans les textes du poète grec. Les textes font effectivement défaut ; un seul passage apporte quelque clarté sur un point : c'est celui où il est rapporté qu'Aphrodite exige de Zeus la restitution des edna, à la suite de l'adultère de sa femme. L'adultère était donc une juste raison de rompre le mariage, a fortiori les fiançailles ; il donnait au mari le droit de réclamer les edna, ce qui est logique avec leur caractère de valeur d'échange. Mais là s'arrêtent les documents. Leurs indications sont fort insuf-

(1) *Iliade*, liv. VIII, vers 318-319.

(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 118.

fisantes, le seul moyen d'y suppléer est de recourir aux conjectures.

Nous avons vu combien forte devait être la puissance paternelle à l'époque où écrivait Homère ; le paterfamilias promettait sa fille à qui bon lui semblait, et moyennant les conditions librement débattues entre lui et le prétendant. Pourquoi, dès lors, ne pas admettre une pleine liberté de se dédire, jusqu'à l'époque de la tradition effective ? Ce qui confirme cette hypothèse, ce sont les dispositions du droit attique, relatives à la rupture de l'engyésis. Nous nous expliquerons plus tard là-dessus, et nous verrons que le kyrios de la femme restait toujours le maître de dissoudre à son gré le mariage de celle-ci. Cela ne porte-t-il pas à penser qu'il en était probablement ainsi, à l'époque Homérique, et que la simple promesse de mariage ne liait nullement le père de la femme, pas plus que le fiancé ? La seule sanction ne pouvait consister que dans la restitution du bétail, qui avait déjà été remis aux parents de la fille, lorsque la rupture émanait de ces derniers ; si le jeune homme avait rompu, ils gardaient définitivement les *edna* versés entre leurs mains (1).

(1) A cette sanction légale, s'en ajoutait sans doute une autre, lorsque la famille du prétendant se sentait assez forte pour obliger, manu militari, l'auteur de la promesse à s'exécuter. C'était la guerre.

SECTION II. — *Les Fiançailles dans le droit attique.*

Les historiens ne s'accordent pas sur la question de savoir si, en droit attique, les fiançailles avaient réellement une existence légale, propre, distincte, indépendante du mariage, ou si l'engyésis ne constituait pas par elle-même le contrat de mariage.

L'engyésis consistait dans une réunion de témoins devant lesquels le kyrios s'engageait à donner sa fille en mariage. La fille ne prenait aucune part au contrat ; jamais les lois athéniennes, contrairement peut-être aux mœurs, n'ont rendu obligatoire une manifestation de volonté de sa part. L'engyésis avait pour conséquence de conférer la légitimité aux enfants, de leur donner, par suite, des droits successoraux et celui d'être introduits dans la phratrie. Au bout d'un intervalle de temps plus ou moins long, que les lois ne fixent point, avait lieu la cérémonie du « gamos » : c'était l'introduction de la femme dans la demeure du mari, introduction accompagnée de certaines solennités (1). Après l'engyésis, la femme était dite « egguété » ; après le gamos, « gamété ».

Voici les faits, qu'en conclure ? M. Beauchet affirme que l'acte constitutif du mariage était l'engyésis ;

(1) Pour le récit quelque peu détaillé de la cérémonie, voir M. Beauchet, *op. cit.*, t. 1, p. 119.

le gamos serait purement et simplement l'exécution officielle, formaliste de l'état de choses créé par l'engyésis, en d'autres termes, la consommation du mariage.

A l'appui de cette opinion, il fait ressortir les effets considérables attachés à l'accomplissement de l'engyésis : les enfants sont légitimes et jouissent de tous les avantages de cette légitimité : droits successoraux, présentation à la phratrie. Pourquoi, ajoute-t-il, les jurisconsultes gardent-ils le silence sur le laps de temps qui doit s'écouler entre l'engyésis et le gamos ? C'est probablement que cet intervalle n'était pas bien long et que les solennités du gamos suivraient presque immédiatement celles de l'engyésis. Quoi de plus légitime que le mari ayant acquis le droit d'introduire chez lui sa femme, en use sans retard ?

Enfin, M. Beauchet cite un passage d'un discours de Démosthène, « une loi citée par Démosthène, dit-il, sur les filles épiclères (1) qui payent le cens de la quatrième classe, décide que si le parent le plus proche refuse d'épouser celle qui lui échoit, il est tenu de la marier avec une certaine dot. S'il y a plusieurs filles, la famille n'est pas tenue d'en marier plus d'une. De même, dans un discours contre Nééra, il est dit, en parlant de celui qui donne en mariage à un Athénien une fille étrangère comme étant sa fille :

(1) La fille épiclère est celle qui est appelée, à défaut de fils, à recueillir la succession.

ean de tis ecdo xenen gunaica andri athénaio. Que le mot, « *ecdounaï* » soit bien synonyme ici d'« *égguan* », c'est ce qui résulte manifestement du passage où Démosthène, parlant de l'accusation dirigée en vertu de cette loi par Phrastor contre Stephanos, dit que ce dernier comprit que s'il était convaincu d'avoir donné en mariage la fille d'un étranger, il se trouverait exposé à une peine très sévère, et pour exprimer cette dation en mariage, il se sert alors du mot « *egguekenai* ».

M. Joseph Jacomet (1), dans son étude d'histoire du droit sur les fiançailles, s'est attaché à réfuter l'opinion de M. Beauchet et à soutenir que l'engyésis n'était qu'une phase préparatoire, un acheminement vers le gamos ; c'est ce dernier qui aurait constitué l'union conjugale. L'engyésis, par conséquent, serait le contrat de fiançailles ; le gamos, le contrat de mariage.

Il combat d'abord l'argument tiré du passage de Démosthène, en déclarant que le discours du grand orateur ne cite le texte que d'une façon incidente, et sans doute, par à peu près. « Une plaidoirie, dit-il, pour si parfaite qu'on la suppose, n'atteint jamais, de par sa nature même, à la rigoureuse précision d'un texte législatif, et n'arrive-t-il pas que, souvent, on emploie comme équivalents, dans le langage cou-

(1) *Des fiançailles et des promesses de mariage*, thèse, 1902, Montpellier, p. 21, 22, 23.

rant, les expressions « se fiancer » ou « prendre femme » ?

Il déclare que les conceptions matérialistes des peuples primitifs doivent logiquement conduire à penser que l'on ne saurait considérer le mariage comme parfait que par sa consommation : jusqu'alors il n'existe pas et dès lors l'engyésis « ne s'analyserait qu'en de simples fiançailles, indispensables peut-être pour la validité du mariage, mais, à coup sûr, ne le constituant pas déjà à elle seules ». Il cite un exemple puisé dans un discours de Démosthène, racontant qu'à son lit de mort, son père consentit au profit de Démophon à l'engyésis de sa fille, alors dans sa cinquième année. Or la loi athénienne fixait à 12 ans l'âge de la nubilité. Dès lors, il ne pouvait s'agir que de fiançailles, car on n'imagine pas un mariage sans l'aptitude physique à en satisfaire les fins.

Nous ne relèverons pas les objections de M. Jacomet, relatives au texte que M. Beauchet invoquait à l'appui de sa thèse. Démosthène s'est trompé ; il n'a pas fidèlement reproduit le texte législatif, ainsi que cela peut arriver aux plus grands avocats, convenons-en. Mais que penser de l'argumentation basée sur le matérialisme des peuples primitifs qui ne veraient dans le mariage qu'une institution en vue de la procréation, attribuant à la femme un rôle de simple matrice, n'admettant aucune intervention de sa part dans la conclusion du contrat.

Nous croyons les prémisses de ce raisonnement

erronées, car, si les Athéniens avaient eu les conceptions matérialistes que leur prête M. Jacomet, ils auraient attaché beaucoup plus d'importance au gamos, acte matériel, qu'à l'engyésis, où intervenait le seul consentement. C'est le gamos qui aurait conféré la légitimité aux enfants, avec les droits et obligations qu'elle comporte. Dès lors, la question de savoir si c'est l'engyésis ou le gamos qui constitue le mariage, reste entière, où plutôt il semble qu'on doive la trancher dans le sens de M. Beauchet. La plupart des législateurs font découler la légitimité, du mariage, ce qui est logique avec cette institution. Qu'est-ce, en effet, que le mariage, sinon une union connue du droit, consacrée par la loi, pouvant produire des conséquences juridiques, contrairement à l'accouplement, simple état de fait ? Ces conséquences seront avant tout, l'attribution de la légitimité aux enfants, puisque d'elle découlera la parenté, le lien de droit qui unit les enfants à leurs auteurs et à leurs proches. Reconnaître ces effets aux fiançailles, comme l'ont fait quelques législations, bien rares à la vérité, c'est rapprocher les fiançailles du mariage au point de les confondre, c'est réduire le mariage à une simple formalité inutile, dépourvue d'efficacité (1).

(1) L'argument tiré de l'âge légal de nubilité, fixé à 12 ans, ne résout pas davantage la question. Déterminer l'âge de la nubilité n'est pas nécessairement se prononcer sur l'âge minimum requis pour le mariage. Les seules conséquences seront de retarder le gamos, c'est-à-dire l'exécution de l'engyésis, la consommation de l'union matrimo-

Une objection se pose : si l'engyésis n'était pas les fiançailles, mais bien le mariage lui-même, quelle était la pratique des fiançailles à Athènes ? Il est difficile de nier leur existence, puisqu'elles sont affirmées par un passage de Thucydide, qui rapporte que Perdiccas ayant promis de donner sa sœur en mariage à Seuthès, on procéda, quelque temps plus tard, à la célébration du mariage (1).

L'objection n'est nullement décisive : tout ce que l'on peut en conclure, c'est que les fiançailles, bien qu'ignorées de la loi, étaient connues des mœurs. Pourquoi donc la loi n'en avait-elle pas consacré l'usage ? Le motif le plus plausible réside dans la rareté d'une pareille coutume, rareté qui s'explique aisément, si on se rappelle le rôle effacé de la femme dans les questions matrimoniales : « Tout devait se régler, dit M. Beauchet, en une seule fois et définitivement, par une convention unique, qui est l'engyésis. » (2)

L'engyésis d'ailleurs pas plus que le gamos, n'avait de valeur définitive. Le kyrios pouvait rompre l'union sitôt qu'il le voulait, et le mari avait les mêmes pouvoirs. Chose curieuse, la femme elle-même

niale. Remarquons, au surplus, que Démosthène nous cite un exemple de mariage conclu par un père de famille à ses derniers moments ; il eût été rigoureux et peu logique avec la puissance paternelle de l'époque, d'empêcher ce père de fixer l'avenir de sa fille, parce que celle-ci n'était pas nubile. Ne suffisait-il pas, pour que la loi soit pleinement respectée, de reculer le moment du gamos ?

(1) Thucydide, liv. II. chap. 101.

(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 131.

jouissait d'une certaine liberté individuelle ; elle pouvait délaisser son mari, non point sans doute à son gré, mais lorsqu'elle avait de justes motifs pour agir de la sorte. Ce fait est significatif d'un progrès des plus sensibles, soit dans les mœurs, soit dans le droit.

CHAPITRE II

LES FIANÇAILLES A ROME

SECTION PREMIÈRE. — *Droit primitif.*

La pratique des fiançailles dans l'ancienne Rome, n'est connue que d'une façon assez imprécise. Aulu-Gelle, dans ses nuits attiques, fournit certains détails sur les fiançailles chez les Latins. Un passage souvent cité, emprunté aux écrits de Servius Sulpicius, est ainsi conçu : « *Sponsalia in ex parte Italix quæ Latium appellabatur hoc more atque jure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus. Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium daturum, ductum iri qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia. Tum quæ promissa erat, sponsa appellabatur ; qui ponderat ducturum, sponsus. Sed si post eas stipulationes, uxor non labatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptare non esset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ vide-*

batur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum que sponderat (aut qui stipulatus erat) condemnabat. » (1)

Ainsi donc, les Latins connaissaient les fiançailles et ils leur donnaient force obligatoire à l'aide de la sponsio et de la stipulatio. A l'origine, on avait probablement recours au mode religieux de la sponsio ; la stipulation supplanta ensuite le procédé per sponsonem, lorsque le droit fut sécularisé. Les fiançailles n'obligeaient pas au mariage, mais celui qui venait à les rompre, sans justes motifs appréciés par le magistrat, encourait une condamnation à des dommages-intérêts, égale à la valeur du litige.

Le texte seul d'Aulu-Gelle pourrait faire supposer l'existence du contrat de fiançailles chez les Romains, avec des modes de formation et des effets similaires. Mais un tel rapprochement n'aboutirait pas à des résultats bien certains, car, malgré la communauté d'origine des deux peuples, leurs institutions différaient sensiblement sur certains points (2).

Nous avons des documents plus précis : un texte d'Ulpien où on lit « *moribus fuit veteribus stipulari et sibi spondere uxores futuras* » (3), plusieurs passages des comédies de Plaute et de Térence (4), une

(1) Aulu-Gelle, IV, 4.

(2) M. Maynz a. indiqué certaines de ces différences, *Cours de Droit romain*, t. III, p. 15, note 1.

(3) Ulpien, liv. 23, tit. 1, loi 2.

(4) Plaute : *Aulularia*, II, 2, 64 ; *Circulio*, V, 2, 74 ; *Trinummus*, V, 2, 33 ; Térence, *Andria*, I, 1, 75.

lettre de Cicéron à Atticus (1), attestent que les premiers Romains connaissaient les fiançailles et que la sponsio servait à leur réalisation. Nous pouvons d'ailleurs observer que le rapprochement des mots : « sponsio » et « sponsalia », permet d'établir une relation étroite entre ces deux institutions (2). Il est même intéressant de constater que seul le contrat de fiançailles a conservé dans le langage, les vestiges de son enfance, alors que la sponsio, on le suppose du moins, était un mode général de s'obliger. Est-ce à raison de son emploi particulièrement fréquent en matière de promesses de mariage ? On aurait préféré pour les autres contrats, où n'entraient guère en jeu que des intérêts pécuniaires, recourir au nexum, à raison de ses redoutables conséquences à l'encontre du débiteur (3).

Cette opinion est contradictoire avec la théorie de ceux qui, comme M. Danz (4), soutiennent que la sanction de la sponsio était identique à celle du nexum. Mais, la doctrine de M. Danz n'a pas rallié la majorité des suffrages. M. Girard pense que le serment promissoire « est un pur expédient inventé en

(1) Cicéron, *Lettres à Atticus*, I, 3 in fine (ces divers textes sont cités par Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 14).

(2) Brissonius a reconstitué la formule ancienne : *Spondesne Gaïam filiam filio meo uxorem dari ? Dii bene vortant ? Spondeo. Dii bene vortant.* Brissonius, *De formulis*, liber VIII, p. 606.

(3) Sur les effets du nexum, voir M. Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 3^e édit., p. 974-975.

(4) Danz, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, t. II, p. 147-150.

vue de donner une certaine efficacité à des engagements qu'on ne pouvait ou qu'on ne voulait rendre obligatoires dans les formes du *nexum* » (1). M. Mommsen va plus loin et enseigne que la *sponsio* ne donnait naissance à aucune action civile. La sanction était purement morale, mais elle constituait déjà une garantie pour l'efficacité de certains engagements ignorés du droit (2) ? C'est l'opinion qui permet le mieux de comprendre pourquoi on aurait eu si souvent recours à ce procédé religieux, lorsqu'on désirait contracter des fiançailles. On ne voulait point, à raison de leur caractère délicat et provisoire, qu'elles fussent sanctionnées par la loi civile ; on préférerait se lier moralement.

La loi civile est des plus rigides à cette époque ; le formalisme et la simplicité qui en sont les deux bases fondamentales, sont incompatibles avec une interprétation large et libérale ; un engagement est parfait, définitif, sitôt qu'il est formé, il s'exécutera à la lettre, quelles que soient les circonstances présentes ou futures. La loi morale, au contraire, procède avec beaucoup de souplesse ; le censeur est appréciateur souverain des faits et circonstances de la cause et il n'inflige sa « *nota* » qu'à ceux qu'il estime l'avoir méritée (3).

(1) Girard, *op. cit.*, p. 489, note 3.

(2) Cette opinion de M. Mommsen est rapportée par Girard, *op. cit.*, p. 489, note 3.

(3) Varron rapporte que le père qui refusait sa fille après l'avoir fiancée pouvait être cité devant le censeur. Varron, I, VI, 71. Il y avait lieu à un *judicium de moribus*.

Restent deux points à résoudre : quelles étaient les parties appelées à donner leur consentement aux fiançailles, quel degré de puissance atteignait le contrat une fois réalisé ?

La réponse à la première question ne paraît pas douteuse, après les connaissances assez précises que nous possédons sur la constitution familiale, aux premiers temps de Rome. Jamais peut-être, la vie d'un peuple n'a présenté un tableau aussi frappant, aussi admirable de solide et puissante organisation des groupes familiaux. Le *paterfamilias* a tous les droits sur les êtres, personnes et choses, qui composent la famille ; toutes les volontés s'annihilent devant la sienne ; il parle en maître souverain, juge seul et en dernier ressort. Les seules restrictions à cette puissance formidable ressortissent du domaine du *mos* et du *fas*, c'est-à-dire de la morale et de la religion, et ce n'était point, ainsi qu'on serait tenté de le croire, des barrières purement morales que l'on opposait aux abus de droits qui pouvaient être commis ; les infractions aux préceptes moraux étaient sévèrement réprimées par le censeur, gardien vigilant des « *boni mores* », qui infligeait au coupable une note d'infamie. Cette note avait les plus graves conséquences civiles et politiques.

Ne semble-t-il pas, dès lors, bien établi que le mariage, et, par conséquent, les fiançailles, se trouvaient être l'œuvre du *paterfamilias* et que, même le fils de famille, contrairement au droit attique, pouvait tout au plus aspirer à obtenir voix consultative ?

MM. Voigt et Accarias (1) ont rejeté ces conséquences en se basant sur la règle « *nemo invitus hæredes suos habere potest* ». « Le même obstacle, dit Accarias, n'existait pas pour les filles de famille et je tiens pour vraisemblable que le père put anciennement les marier malgré elles. Même à l'époque classique, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il leur est permis de refuser leur consentement aux fiançailles proposées par le père, tandis que ce droit est absolu pour les fils de famille. »

Il nous semble que c'est donner à la maxime « *nemo invitus hæredes suos habere potest* », une portée exagérée, que de voir en elle une exception aux pouvoirs absolus du paterfamilias. Elle en est bien plutôt une consécration. Elle s'expliquerait par ce fait que nous ne sommes pas encore loin, aux premiers temps de Rome, de l'ancienne co-propriété familiale. Dans ce régime, les enfants sont au même titre que le paterfamilias, propriétaires des biens familiaux ; le père en est seulement l'administrateur, le gérant ; il ne peut, par conséquent, exhéréder ses fils. La maxime en question aurait marqué une réaction contre le passé ; elle aurait affirmé le droit du père d'exhéréder arbitrairement sa descendance, afin de pousser jusqu'au bout les conséquences de l'autorité sans limites du paterfamilias.

Les solutions relatives à la force obligatoire des

(1) Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, t. II, p. 685 ; Accarias, t. I, p. 194, note 1.

fiançailles ont donné lieu à beaucoup plus de difficultés. Puisque de telles promesses s'accomplissaient par la voie de la sponsio, leurs conséquences ne différaient point de celles qu'entraînait le serment promissoire. Mais quel était l'effet de ce serment, quelle sanction assurait l'efficacité d'un engagement per sponsionem ?

Les opinions les plus diverses ont été émises sur ce point. M. Danz, nous l'avons vu, soutient que la sponsio n'avait d'autre sanction que la manus injectio. Mais alors, quelle est son utilité pratique en présence du nexum ? Comment supposer d'ailleurs qu'un contrat qui, de par sa nature, ne saurait créer un état de choses définitif, qui n'est qu'une étape vers le mariage, ait pu engendrer des effets aussi rigoureux ?

M. Girard incline à penser que l'auteur du contrat de fiançailles ne pouvait être directement contraint à les exécuter, mais s'il manquait à ses obligations, il était passible d'une condamnation pécuniaire. Il argumente par analogie avec la législation latine, telle que la rapporte Aulu-Gelle dans le passage précité (1).

Nous avons dit que ce raisonnement peut induire en erreur. Malgré l'origine commune et le voisinage des deux peuplades, leurs législations ne sont pas, en tous points, identiques ; elle était moins rigide chez

(1) Girard, *op. cit.*, p. 147.

les Latins qu'à Rome. Or, précisément, la rigidité du droit romain ne peut guère se concilier avec un système de sanction indirecte. Le principe de l'unité d'acte s'oppose à ce qu'un même acte juridique produise plusieurs effets, à ce qu'il soit affecté d'une condition ou d'une clause pénale. Et, d'autre part, le juge n'a pas une liberté suffisante pour apprécier lui-même la valeur du litige : il doit décider d'après la seule formule. On ne saurait admettre d'exception à ces principes fondamentaux qu'en présence d'un texte bien précis, dont l'authenticité soit certaine. Or ce texte n'existe point.

Aussi M. Maynz conclut-il à l'absence de toute sanction. « Les Romains, dit-il, considéraient comme immorale toute restriction apportée à la liberté du mariage, à tel point qu'il n'était pas permis d'ajouter aux fiançailles une *stipulatio pœnæ*. » (1)

L'argument est mauvais, car ce sont les empereurs qui prohibèrent cette clause accessoire. A vrai dire, cette clause n'était pas possible dans l'ancien droit pour les motifs ci-dessus exposés ; elle ne le fut que plus tard, lorsque, sous l'empire des besoins nouveaux de la société, on se départit de la rigueur des vieux principes.

Ihéring (2) nie également l'existence d'une sanction. Il se base sur la contradiction flagrante entre

(1) Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 15.

(2) Ihéring, *L'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, t. II, p. 119 et suiv.

admettre la possibilité d'une contrainte directe ou indirecte, à l'effet d'amener à exécution la promesse de mariage, et le pouvoir de rompre à volonté le mariage, sans s'exposer à des dommages-intérêts.

Il est effectivement certain que le repudium ne faisait encourir aucune peine ; la dot elle-même restait au mari, car à raison du mécanisme des institutions, les biens dotaux, dans le mariage libre, étaient les seuls biens de la mère qui puissent passer aux enfants (1). Cette facilité accordée pour la rupture du lien matrimonial implique une liberté aussi grande en matière de promesses de mariage. Point de sanction légale par conséquent.

Tel est l'avis de M. Mommsen (2) qui, plus explicitement qu'Théring, décide que si la loi n'assure aucune garantie d'exécution à celui qui a reçu une promesse de mariage, la morale y supplée et donne ainsi une certaine efficacité à la convention. Les fiançailles seraient un simple pacte « *nudum pactum* », dépouillé par conséquent d'effets légaux, sanctionné par le mos et le fas.

Cette opinion nous paraît la plus vraisemblable. Elle explique l'utilité de la sponsio à côté du nexum, et nous présente une sanction s'accommodant à

(1) Girard, *op. cit.*, p. 913. Ces principes peuvent étonner au premier abord, mais les mœurs étaient si pures aux débuts de Rome, les divorces si rares, que personne ne songeait à modifier les lois. Aulugelle rapporte que pendant 500 ans, soit l'*actio*, soit la *cautio rei uxoriæ*, étaient complètement inconnues.

(2) Mommsen, *Droit public*.

merveille avec le caractère de la convention de fiançailles. La *manus injectio* eût été beaucoup trop rigoureuse en pareille matière ; quel est le paterfamilias, soucieux de l'avenir de ses enfants, qui les promettrait en mariage, sachant que si une incompatibilité d'humeur, une mauvaise conduite, un accident de fortune venait opposer une impossibilité à l'accomplissement de l'union, il s'exposait à périr dans les cachots ou à tomber dans la classe servile ? Les partisans de l'opinion de M. Danz objecteront en vain : pourquoi ne pas célébrer le mariage, la loi laissant toute liberté pour le dissoudre, sitôt après sa célébration ? De tels arguments condamnent une théorie ; est-il admissible que les vieux Romains aient pu se résigner à être les jouets d'une comédie aussi grotesque ?

La sanction civile faisait donc défaut ; la sévérité des mœurs, le respect du citoyen romain envers la parole donnée, l'eussent rendue inutile ; ils offraient une meilleure garantie que la menace du châtiment. Désobéir aux prescriptions morales était chose très grave et qui, du reste, ne demeurerait pas impunie, puisque la nota qu'elle faisait encourir, rejaillissait sur la situation civile et politique de l'individu.

SECTION II. — *Évolution des Fiançailles
jusqu'au Bas-Empire.*

Le droit romain eut, d'assez bonne heure, une tendance sensible à se séculariser. L'état laïque grandit et se fortifia rapidement ; devenu assez puissant pour réprimer les infractions à ses lois, il se sépara de la religion. Les préceptes religieux se transformèrent en prescriptions légales, les devoirs moraux devinrent des obligations juridiques.

Un des résultats de cette laïcisation fut la substitution de la forme stipulatoire à l'antique sponsio (1) ; la convention de fiançailles se réalisa désormais à l'aide du nouveau procédé (2) ; elle put, dès lors, produire des conséquences juridiques. C'est ce qu'établissent les textes. Citons notamment un passage de Varron, où il est dit : « *Quod tum, et præto-*

(1) M. Girard explique fort bien comment on a pu passer de la sponsio religieuse à la sponsio laïque. Girard, *op. cit.*, p. 482. Notons que la sponsio subsista en tant que formule, elle devint une des formules de la stipulatio — Il est difficile de préciser l'époque de ce changement. M. Girard le place à une époque antérieure à la fin de la République, ainsi qu'à l'avènement du régime formulaire.

(2) On ne sait trop si elles étaient conclues à l'aide d'une stipulation simple ou d'une double stipulation. Cryas opte pour cette dernière opinion. *Interponebantur autem mutux stipulationes*, dit-il, t. VII, *Opera omnia*. M. Girard est également en ce sens ; au contraire, M. Voigt, *op. cit.*, t. II, p. 682, conclut à la seule nécessité d'une stipulation unilatérale. Varron cite très bien un exemple de stipulation unique, IV, 6, 69-72, mais M. Girard croit cette façon de procéder ancienne. Girard, *op. cit.*, p. 147, note 4.

rium jus ad legem et censorium judicium ad æquum æstimabatur. » (1).

M. Maynz, qui se refuse à croire que les fiançailles aient jamais été sanctionnées à Rome, combat naturellement l'autorité de cet écrivain (2). La principale objection qu'il lui adresse est l'invraisemblance de ses affirmations, il ajoute que le texte est assez peu explicite.

Le passage s'explique cependant fort bien, si on le reporte à une époque postérieure aux premiers siècles de Rome, à l'époque où la stipulation apparut. A l'origine, le censeur connaissait seul des fiançailles ; lorsqu'elles furent passées à travers le moule stipulatoire, elles entraînèrent une sanction civile de la compétence du préteur (3).

Varron ne s'explique malheureusement pas sur le genre de sanction.

Le problème serait facile à résoudre si l'origine de la stipulation coïncidait avec l'avènement de la procédure formulaire ; le magistrat a alors acquis assez de pouvoirs pour ordonner au juge, lors même qu'il

(1) Varron, *De linguâ latinâ*, liv. 6.

(2) Maynz, *op. cit.*, t. III, p. 16. M. Cuq est du même avis : pour lui, la stipulation des fiançailles a toujours été un simple pacte dépourvu de tout caractère juridique. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 209. Cujas affirme que, s'il n'intervenait pas une stipulation, la fiancée n'était pas dite *sponsa*, mais bien *sperata, pacta, dicta*. Cujas, *op. cit.*, t. VII, p. 939.

(3) On remarquera que le censeur ne devint pas pour cela étranger à la connaissance des fiançailles ; la sanction civile s'ajouta à la sanction morale, sans supprimer cette dernière. Ce phénomène est fréquent en droit romain.

s'agit d'une action de droit strict comme l'était la stipulation, d'estimer à sa juste valeur le préjudice causé. Les choses pourraient se passer comme dans le Latium : le contrat de fiançailles ne serait pas exécutoire directement, mais le refus d'exécution rendrait le coupable passible d'une condamnation à des dommages-intérêts, dont le judex apprécierait le montant. Mais la stipulation, selon toutes probabilités, est antérieure au régime formulaire, puisque le deuxième chef de la loi Aquilia atteste son existence (1).

La question est donc difficile à trancher ; elle n'est cependant pas insoluble. La véritable explication, à notre sens, est la suivante : les Romains connaissaient, lorsque la stipulation apparut, la procédure de la *judicis postulatio*, puisque cette procédure remonte à une époque peut-être antérieure à la loi des Douze Tables. Cette *legis actio* donnait un commencement de pouvoirs sérieux au magistrat, qui, sur la demande des intéressés, pouvait nommer un juge et l'investir d'un certain pouvoir d'appréciation. Le juge, étant un arbitre, avait la faculté d'estimer la valeur du litige (2) et de condamner par conséquent le fiancé infidèle à des dommages-intérêts (3).

(1) La date de la loi Aquilia est incertaine, mais elle est certainement antérieure à la loi Albutia qui marque les débuts de la procédure formulaire. Voir Girard, *op. cit.*, p. 981.

(2) Gaius laisse entendre que la *judicis postulatio* était applicable aussi bien aux actions de droit strict qu'aux actions de bonne foi. Gaius, *Institutes, commentarius quartus*, nos 19 et 20.

(3) A-t-on pu, dès l'apparition de la forme stipulatoire, faire garan-

La force exécutoire que la stipulation donnait aux fiançailles devint bientôt gênante. Nous arrivons à l'époque où le luxe et la débauche commencent à pénétrer la société romaine ; les préceptes moraux tombent dans l'oubli, le culte du foyer est abandonné, le nombre des divorces devient effrayant. « Tel était l'aveuglement des esprits, dit Toullier, que changer de mari ou de femme sans cause, fut regardé comme un point de droit public. » (1) On renonce donc aux formes stipulatoires et on fait des fiançailles un contrat purement consensuel. C'était le faire disparaître du domaine juridique, car en dehors des quatre contrats spéciaux : vente, louage, société, mandat, on n'a jamais admis à Rome que le *solus consensus* puisse lier les parties. On revient ainsi à l'ancien état de choses au point de vue civil ; les fiançailles retombent au niveau de simples pactes, ignorés cette fois de la morale, car probablement le *mos* et le *fas* n'existaient même plus dans le souvenir.

tir l'exécution de la promesse du mariage par des fidejusseurs. Cujas paraît répondre affirmativement, mais il appuie son opinion sur les écrits de Servius Sulpicius. Or, nous avons vu combien le témoignage de cet auteur pouvait être mis en doute en ce qui concerne les Romains. Cujas, *op. cit.*, t. VII, p. 939.

(1) Toullier, *Droit civil français*, t. VI, p. 308.

On connaît la parole de Sénèque : Les femmes comptaient leurs années, non d'après le nombre des consulats, mais d'après celui de leurs maris. Juvénal rapporte que beaucoup de femmes ne se faisaient pas scrupule de divorcer avant même que la ramée verte qui ornait la porte, à leur entrée dans la maison nuptiale, ne fût desséchée ; elles arrivaient à compter huit maris en cinq ans. Juvénal, satire 6. — Tertullien assure que les femmes de son temps ne se mariaient que pour se ménager, en quelque sorte, l'occasion de divorcer.

En vue de remédier aux inconvénients d'une situation aussi dangereuse pour l'avenir de la société, les patriciens imaginèrent certains procédés de nature à redonner à la convention de fiançailles une vie juridique. Alors fut inventée, selon toutes vraisemblances, la *stipulatio pœnæ*, assurant une sanction indirecte à la convention de fiançailles. Cette clause fut abolie par les empereurs (1). Un deuxième usage consista dans la remise d'arrhes par le fiancé à la famille de la jeune fille. C'était à la fois un moyen de dédit et une manifestation de l'échange des consentements. Auguste, qui essaya de remonter le courant de corruption qui soufflait sur le monde romain, fixa cette coutume par des lois : il aggrava même la pénalité contre celui qui se retirait sans motifs ; il perdait autrefois le montant des arrhes, il devra désormais en payer le quadruple. Cette législation se maintint pendant toute la période païenne.

Les fiançailles demeurèrent donc dans le droit ; bien plus, elles ne tardèrent pas à acquérir une importance inconnue jusqu'alors. Les constitutions impériales s'attachèrent à les rapprocher de l'union matrimoniale elle-même, et à leur attribuer des conséquences à peu près identiques, tout en respectant néanmoins la pleine liberté des futurs conjoints de rompre avec leurs engagements. On assista donc au

(1) Une constitution de Léon et Anthemius la prohiba pour les fiançailles. C., liv. 5, tit. 1, loi 5 ; l'empereur Alexandre l'interdit pour le mariage, C., liv. 8, tit. 39, loi 2.

même phénomène qu'en matière matrimoniale : les fiançailles, malgré leur instabilité, malgré la menace constante d'une dissolution, constituèrent une convention connue du droit et génératrice de conséquences juridiques. Le droit ne répondit pas de leur avenir, mais il en réglementa les conditions d'existence et leur attacha certains effets.

Nous avons vu combien, aux débuts de Rome, elles dépendaient exclusivement de la volonté du *paterfamilias*. Cette toute puissance paternelle alla sans cesse en décroissant devant les progrès de la puissance publique, de l'Etat. La loi fit une obligation au père de demander l'avis de l'enfant, et le consentement de ce dernier ne tarda pas à devenir un élément essentiel à la validité du contrat. Jusqu'à Auguste toutefois, le père pouvait opposer un veto absolu au projet du mariage de son fils, et condamner celui-ci à un célibat perpétuel. La loi Julia *De Maritandis ordinibus* (1) donna le dernier mot au représentant du pouvoir public, en permettant à l'enfant de recourir auprès du magistrat contre la volonté paternelle. Le magistrat statuait souverainement et pouvait autoriser fiançailles et mariage en présence d'un refus injustifié (2).

(1) Cette loi date de 736. Voir *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 19. Elle s'imposait, étant donnée la situation faite aux célibataires par les lois caducaires. Il eût été trop violent pour le fils de famille d'encourir les déchéances du célibat à la suite de l'obstination, de la mauvaise volonté du père.

(2) Les Antonins supprimèrent le droit, pour le père, de rompre le mariage et, partant, les fiançailles, contre le gré de l'enfant. C., liv. 5, tit. 3, loi 5. Cette loi semble attribuer la réforme à Marc-Aurèle.

C'était proclamer la supériorité du consentement du fils sur celui du père, puisqu'aucune promesse de mariage n'était validée si le fils n'y donnait pas son adhésion. On alla plus loin, notamment sous les Antonins et les Sévères ; divers textes du Digeste prouvent que l'enfant finit par pouvoir se passer, dans bien des cas, de toute autorisation paternelle : c'était lorsque le père était incapable de la donner à raison de son absence, de sa captivité ou d'une aliénation mentale (1). « Ainsi, déclare M. Girard, le mariage conclu primitivement par les parents pour le compte de leurs enfants, est devenu un mariage conclu par les enfants avec une autorisation de leurs parents, dont ils peuvent se passer quand les parents ne peuvent la donner ou la refusent injustement. » (2)

Paul, dans ses sentences, la justifie au nom de l'intérêt général : « *Contemplatio enim, publicæ utilitatis privatorum commodia præfertur.* »

(1) Pour l'absence, voir *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 10, de Paul ; pour la captivité, liv. 23, tit. 2, loi 11, de Julien ; pour l'alién. mentale, liv. 23, tit. 2, loi 9, d'Ulpien. Le fils doit cependant attendre dans les deux premiers cas, absence et captivité, l'expiration d'un délai de trois ans. Il est à remarquer que, sur ce point, le droit évolua plus vite pour les filles que pour les fils. Cela vient de ce que les fils étaient une source d'*hæredes sui*, tandis que les filles n'en amenaient pas. Aussi, jusqu'à Marc-Aurèle, les fils d'un père fou durent obtenir une autorisation impériale ; les filles n'en avaient nul besoin. Une deuxième raison doit être donnée de cet état de choses : les filles, nous le verrons, tombaient en tutelle, et plus tard en curatelle ; elles restaient soumises à l'autorité familiale, tandis que les fils se trouvaient indépendants. On leur imposa le délai de trois ans pour remédier, sans trop contrarier la liberté du mariage, aux inconvénients résultant de la rétroactivité du *postliminium*. La conciliation était difficile ; on s'en tint à cette solution intermédiaire.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 153.

Cette évolution dont je viens de tracer les grandes lignes, n'a pas été aussi rapide dans les mœurs tout au moins, pour les filles « *quæ patris voluntati non repugnat*, dit Ulpien, *consentire intelligitur. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filix conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.* » (1) Il résulte clairement de ce texte que, malgré la nécessité du consentement de la fille, la volonté du père était souveraine et que, sauf le cas de « *indignum moribus vel turpem sponsum* », elle déterminait le choix du fiancé. Cela n'a rien de surprenant, lorsqu'on se rappelle le jeune âge auquel on promettait les filles en mariage. Tacite rapporte dans ses *Annales* (2), que Claude avait fiancé à Néron sa fille âgée de sept ans, et que déjà, auparavant, elle avait été promise à Silanus ; d'après Cornelius Nepos (3), Vipsanie Agrippine fut, dès sa première année, promise à Tibère. On comprend que les prétendants ne s'adressaient pas à la femme, mais bien à ses parents, à son père.

Nous avons supposé jusqu'ici l'enfant, garçon ou fille, sous la domination paternelle : c'est, en effet,

(1) Ulpien, *Dig.*, liv. 23, tit. 1, loi 12.

(2) Tacite, *Annales*, 3, 9, 58.

(3) Cornelius Nepos, *De vita excellentium imperatorum græcorum et romanorum*, chap. 19. — Une lettre de Pline le Jeune montre d'ailleurs que la conclusion du mariage et, partant, des fiançailles, était très souvent l'œuvre exclusive de la famille. N'est-ce pas ce qui se passe encore de nos jours ? Cette lettre indique également sur quels divers points portait l'enquête chez les bonnes familles des classes supérieures ; les considérations pécuniaires y tenaient une certaine place.

de la *patria potesta* que découle le droit du père, de donner son adhésion au mariage de ses enfants. A la mort du père, les fils pubères se trouvaient affranchis de toute autorité, maîtres absolus de leur personne : ils pouvaient se fiancer librement. Les filles, au contraire, tombaient en tutelle, jusqu'à la fin de leurs jours.

La question a été très vivement débattue, de savoir si elles avaient besoin, pour se marier, du consentement du tuteur, ou si celui-ci ne leur était donné que pour la gestion de leurs intérêts pécuniaires (1).

M. Meynial ne croit pas que le tuteur, au moins en ce qui concerne le mariage sans manus, ait jamais eu le droit de consentir au mariage (2). Il base son opinion sur deux arguments : 1° l'affranchie peut légitimement se marier sans l'autorisation du patron qui, cependant, est son tuteur, puisqu'il est d'usage d'exiger de cette femme, avant son affranchissement, le serment de consulter son patron et de respecter son avis. Il doit en être de même, a fortiori, de l'ingénue, dont l'indépendance vis-à-vis de ses agnats est plus étendue que celle de l'affranchie vis-à-vis de son patron ; 2° un texte de Paul porte : « *ad officium curatoris administrato pupillæ pertinet : nubere autem pupilla suo arbitrio potest* » (3). Ce texte parle du

(1) Nous pénétrons dans l'étude d'une institution enveloppée de mystère : l'institution de la tutelle des femmes. Les premiers textes qui nous éclairent sur son fonctionnement sont bien postérieurs à l'époque où elle était pratiquée dans toute sa plénitude.

(2) Meynial, *Le mariage après les invasions*, p. 20.

(3) *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 20.

curateur, mais M. Meynial le déclare aussi bien applicable au tuteur. « S'il est question de curateur, dit-il, n'est-ce pas que le curateur a pris, à cette époque, la place du tuteur de la femme, qui est maintenant inusité ? Pour qu'on ait jugé bon d'étendre à la femme l'institution du curateur des mineurs, ne faut-il pas que la disparition de la tutelle perpétuelle l'ait laissée aussi complètement dépourvue de protection que le mineur mâle ? »

Il fait aussi remarquer que la formule générale des empereurs Sévère et Antoninus que rapporte Paul, semble exclure l'intervention de toute espèce de protection.

M. Esmein est de l'avis de M. Meynial : « Bien que les femmes *sui juris*, dit-il, fussent soumises à la tutelle perpétuelle, rien ne peut faire croire qu'il leur ait jamais fallu le consentement de leurs tuteurs pour contracter mariage, indépendamment de toute *conventio in manum* ; le tuteur n'ayant aucun droit sur la personne de la femme pubère, on n'avait que faire de son consentement, et l'on n'exigea pas non plus le consentement de la mère ou des parents plus éloignés qui n'avaient pas la puissance sur l'enfant. » (1)

A l'encontre de cette théorie, on peut faire valoir deux textes d'Ulpien. Dans le premier, Ulpien affirme qu'à défaut de la tutelle du patron, un tuteur est

(1) Esmein, *Droit romain*, p. 14 et 15.

donné à la femme « *ad nuptias contrahendas* » (1). Or, s'il lui est donné pour les noces, il doit évidemment être nécessaire pour les fiançailles. Ce point ne peut faire l'ombre d'une difficulté.

M. Meynial est fort embarrassé de ce document qui, de son propre aveu, vient contrarier ses affirmations sur la situation des affranchies. M. Esmein y répond en disant que l'expression « *ad nuptias contrahendas* » vise uniquement la constitution dotale. Ulpien n'aurait pas recherché la précision désirable, son expression serait hors de portée avec la pensée qu'il exprime : le tuteur ne serait appelé qu'à accepter la constitution de dot.

Une telle critique est singulièrement hardie, s'adressant à l'un des plus grands juriscôultes de l'Empire romain, mais M. Esmein (2) l'appuie sur un autre texte du même auteur, où il est effectivement reconnu que le rôle du tuteur se borne aux règlements dotaux (3). Est-ce suffisant pour conclure à une contradiction entre les deux passages ? Nous ne le pensons pas, car une lecture attentive montre qu'ils ne visent pas la même hypothèse ; il s'agit du cas où le patron est absent, dans le premier ; il est question, dans le deuxième de la minorité du tuteur légitime (4). En l'absence du patron, le tuteur aurait

(1) Ulpien, *Regulæ*, tit. 11, n° 22.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 15, note 3 de la page 14, *in fine*.

(3) Ulpien, *Regulæ*, tit. 11, n° 20.

(4) Voici, in extenso, les deux textes : « *Ex lege Julia de maritalandis ordinibus, tutor datus a prælore urbis ei mulieri virginive, quam ex*

le droit de fournir son consentement au mariage de la femme ; il ne le pourrait pas en présence d'un membre de la famille légitime, fût-il pupille. Mais alors est-ce un pupille qui va être appelé à valider par son consentement l'acte le plus grave de l'existence ? Oui, sans nul doute ; l'adhésion à mariage étant un pur droit de famille, on comprend que le représentant du groupe familial soit préféré à tout autre. Hâtons-nous d'ajouter qu'une telle disposition ne peut s'expliquer qu'en supposant qu'à l'époque où écrit Ulpien, le consentement de l'intéressé était prédominant. Il demeure d'ailleurs établi, malgré les prétextes inventés par les jurisconsultes pour en justifier le maintien, que la tutelle légitime des femmes était devenue une institution des plus irrationnelles, et qui, par conséquent, ne devait être sous le Haut Empire, que l'ombre d'elle-même, de ce qu'elle avait été autrefois. La volonté du tuteur ne devait pas être d'un poids bien lourd sur l'accomplissement du mariage, mais elle était requise par la loi.

Le deuxième texte d'Ulpien exprime nettement que les femmes ne peuvent seules accomplir valablement le contrat de fiançailles. « *Si puellæ tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad dissolvendam nuptiarum spem hunc*

hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat ». Le second porte : « *Item ex senatusconsulto tutor datur mulieri ei cupus tutor abest, præterquam si patronus sit qui abest ; nam in locum patroni absentis alter peti non potest, nisi ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas ».*

nuntium, non magis quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate puellæ facta sint. » (1) Ce passage paraît confirmé par un récit de Tite-Live : une jeune fille d'une ville latine, d'Ardée, désirait épouser un jeune homme plébéien. La mère appuyait le projet, mais les tuteurs, qui favorisaient un deuxième prétendant, se plaignirent au magistrat, qui, du reste, donna raison à la jeune fille (2). A y regarder de près, l'anecdote ne démontre rien, si ce n'est que le consentement du tuteur, à supposer qu'il fût requis, s'effaçait devant une décision judiciaire. Mais précisément, il est difficile de dire si le tuteur était appelé à exprimer une volonté ou si ses pouvoirs se réduisaient à ce que nous appellerions aujourd'hui un simple droit d'opposition. Le texte d'Ulpien n'en reste pas moins décisif. Quelle conclusion tirer dès lors du passage précité de Paul ? M. Meynial étend au tuteur une disposition relative au curateur : c'est du pur arbitraire, qui est d'autant moins justifié que tous les textes portant le mot « tutor » (3) attestent une certaine dépendance de la femme ; ceux, au contraire, qui parlent du « curator » (4) décident que, pour l'union matrimoniale, il faut avoir égard à la seule volonté de celui qui contracte.

(1) Ulpien, *Dig.*, liv. 23, tit. 1, loi 6.

(2) Tite-Live, *Histoire romaine*, liv. 4, chap. 9.

(3) Ulpien, textes précités.

(4) Paul, texte précité ; Gordien, C., liv. 5, tit. 4, loi 6.

La vérité est que nous traversons une période d'évolution. La tutelle des femmes, vieille institution que la tradition maintient à grand'peine, n'existe plus guère que dans les textes législatifs, et encore ! Auguste en dispensa les femmes qui avaient obtenu le « *jus liberorum* », la loi Claudia supprima la tutelle légitime, mais il faut arriver aux empereurs chrétiens pour voir rayer définitivement, du recueil des lois, une tutelle qui n'existait plus, en fait, depuis de nombreuses années. Malgré cette disparition, les femmes n'obtiennent pas une complète indépendance pour tous les actes de la vie civile. On leur nomme des curateurs dont les pouvoirs, à l'exemple des curatelles de prodigues, ne s'étendent pas au-delà du « *commercium* », ce qui expliquerait la possibilité, pour les femmes ayant un curateur, de contracter librement une promesse de mariage.

Tout cela est hypothèse pure, mais les textes d'Ulpien et de Paul se trouvent conciliés.

Ce qui paraît mieux démontré, c'est que les pouvoirs du tuteur, là où existait encore une tutelle, sont entrés en lutte avec l'autorité grandissante de la mère, et ont fini par être absorbés par elle. Ainsi la loi première au Code de Justinien, du titre *De nuptiis*, parle du désaccord entre le tuteur, la mère et les proches et décide qu'il y a lieu en pareil cas, à un « *arbitrium* » du président de la province. L'anecdote précitée de Tite-Live nous fait également assister à la lutte entre le pouvoir maternel et le pouvoir tutélaire. Si nous nous reportons aux lois 18 et 20 du même

titre *De nuptiis*, il est question de la mère et des proches, le tuteur a disparu.

Lorsque les consentements requis par la loi ont été obtenus, il faut encore, pour la validité des fiançailles, qu'elles ne rencontrent point de barrières qui feraient obstacle à la célébration de l'union matrimoniale. Nous retrouvons ici les analogies frappantes entre les promesses de mariage et le mariage lui-même : ce qui constitue un empêchement pour ce dernier, rend impossible la conclusion des premières.

Ces empêchements dérivent d'abord de la parenté et de l'alliance ; que la parenté constitue un obstacle, rien de plus logique, mais ce qui l'est moins, c'est que l'alliance, fruit du mariage, produise des effets identiques. Ulpien se prononce cependant pour l'affirmative : « *Inter me et sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur. — Sed et per contrarium sponsa meæ patri meo nubere non poterit quamvis nurus non proprie dicatur.* » (1). — « Les Romains, dit Accarias, partaient de cette idée qu'en notre matière, il faut considérer ce qui est honnête, plutôt que ce qui est strictement conforme à la logique. » (2)

Un deuxième empêchement dérivait de la différence de nationalité et aussi de classe sociale. Sur ce point, le droit romain évolua beaucoup : jusqu'en l'année 309 de Rome, le mariage était interdit entre

(1) Ulpien, *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 12, nos 1 et 2.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 215.

patriciens et plébéiens. La loi Canuleia, qui effaça cette prohibition, maintint les défenses entre ingénus et affranchis. Auguste, toujours poussé par le désir de multiplier les mariages, leva cette dernière barrière ; les lois caducaires établirent cependant une exception relativement aux membres de la classe sénatoriale. Les sénateurs ne purent se marier avec les affranchies (1) auxquelles furent assimilées à ce point de vue, les personnes de mauvaise vie et mœurs, comédiennes, femmes prostituées (2). Cette situation dura jusqu'à Justinien.

Il existait encore deux autres empêchements à mariage basés sur la crainte d'abus d'influence : il était interdit au tuteur ou curateur d'épouser sa pupille ; Modestin nous apprend que cette défense s'étendait aux fiançailles, au moins en ce qui concerne le tuteur, car dit-il, on doit savoir que ce qui est dit du mariage s'applique aux fiançailles (3). Atteignait cependant le mariage seul, la prohibition imposée aux gouverneurs de se lier matrimonialement avec une jeune fille de leur province (4). Pourquoi pouvaient-ils s'y fiancer ? On donnait comme raison qu'il s'agissait d'un obstacle temporaire : le

(1) Celsus, *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 23. La prohibition s'étendait aux enfants et descendants *per masculos* des sénateurs ; Paul, *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 44.

(2) Paul, *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 44.

(3) Modestin, liv. 23, tit. 1, loi 15.

(4) Pareille disposition s'appliquait à tout fonctionnaire, à tout individu qui « *in notes/ate publica positus est* », dans la contrée où il exerçait ses fonctions. *Code Just.*, liv. 5, tit. 2, *lex unica*.

jour où l'union s'accomplira, et elle ne pourra avoir lieu que si le fonctionnaire a quitté son ancienne province, aucune pression sur le consentement de la future ou de la famille ne sera plus à craindre. Ces motifs n'avaient pas paru bien déterminants aux jurisconsultes, à raison des conséquences graves qu'engendrait par lui-même le contrat de fiançailles. Aussi apportèrent-ils toutes facilités à la rupture d'un contrat qui n'offrait pas des garanties bien certaines de libre consentement (1). C'est l'empereur Léon qui opéra la réforme désirée, en assimilant sur ce point fiançailles et mariage (2).

Une telle assimilation ne saurait cependant être complète, en bonne logique. Certains obstacles qui doivent, raisonnablement, être opposés à la célébration du mariage, n'ont aucune raison d'être lorsqu'on promet celui-ci, dans un avenir plus ou moins lointain. En vertu de ces principes, les Romains ont autorisé les fiançailles, dès la sortie de l'infantia (3) ; ils

(1) « *Jubemus*, lisons-nous au *C. Just.*, liv. 5, tit. 2, *lex unica, ut deinceps* (après que de telles fiançailles auront été conclues), *sive parentes, sive eadem mutaverint voluntatem : non modo juris laqueis liberentur. pænæque (statulæ) expertes sint ; sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda.* »

(2) Constitution 23. des *Novellæ constitutiones, imperatoris Leonis Augusti*.

(3) Nous avons vu plus haut jusqu'à quel point on abusait de ces facilités, au point de ne pas attendre l'âge minimum, mais les fiançailles que nous avons citées n'étaient pas sérieuses et n'avaient pas de conséquences. La loi 14, au *Dig.*, liv. 23, tit. 1, exige, pour que ces conséquences se produisent, l'âge de 7 ans.

Paul, *Dig.*, liv. 3, titre 2, loi 9.

Gaius, *Dig.*, liv. 22, tit. 5, loi 5.

n'ont soustrait aux peines du célibat que celui qui s'était engagé dans le lien antenuptial d'une manière sérieuse : ces peines n'étaient levées que par des fiançailles en avance de deux ans au plus sur l'âge du mariage ; ils ont écarté les dix mois de viduité imposés à la veuve ou à la femme divorcée. Les considérations morales étant étrangères à cette dernière disposition de loi, il n'y avait aucun motif pour l'appliquer aux fiançailles, puisque le danger d'une confusion de part n'était pas à redouter.

Les Romains, on le voit, se sont appliqués à rapprocher dans la mesure du possible, les conditions d'existence et de validité des fiançailles de celles du mariage. Ces tendances, inspirées par des motifs de morale et de sociologie, expliquent les efforts des jurisconsultes à faire rentrer le contrat qui nous occupe dans la sphère du droit, à le considérer, non point comme l'expression d'un simple désir, mais comme la manifestation d'une volonté sérieuse et réfléchie de se lier juridiquement. On est étonné des conséquences engendrées par un contrat dont la dissolution est chose si facile, ainsi que nous le verrons bientôt. Gaius nous apprend que le fiancé, à l'égal du gendre, était admis à ne pas témoigner en justice contre son futur beau-père ; Ulpien (1) enseigne qu'on reconnaissait au fiancé comme au mari le droit d'intenter une action d'injures, à raison d'outrages

(1) Ulpien, *Dig.*, liv. 47, tit. 40, loi 15, n° 24 : il emploie l'expression « *puto* », ce qui indique que la question devait être controversée.

envers sa promise ; Paul (1) ne permet pas l'exercice de l'*actio furti* par le fiancé, victime d'un vol commis par sa future, le caractère infamant que présente cette action ne pouvant se concilier avec la « *reverentia personarum* » ; la jurisprudence, enfin, a complété la lex Pompeia *De parricidiis*, en soumettant à son application le fiancé coupable d'attentat à l'existence de l'autre.

Mais le principal effet des fiançailles, celui qui, au point de vue des rapports respectifs entre futurs conjoints, les place à peu près sur la même ligne que le mariage, qui, suivant la juste expression de M. Meynial, en fait vraiment « un mariage à terme » (2) est l'obligation de fidélité à laquelle elles astreignent les deux prétendants : l'adultère fait encourir à la fiancée infidèle les mêmes châtimens qu'à l'épouse coupable d'un tel crime (3) ; la répression est moins sévère, lorsque la faute émane du jeune homme, mais il perd les arrhes qu'il a données, et l'exécution de la *stipulatio pænæ* peut être poursuivie contre lui,

(1) Paul, *Dig.*, liv. 22, tit. 2, liv. 38, n° 1.

(2) Meynial, *op. cit.*, p. 13.

(3) Ulpien, *Dig.*, liv. 48, tit. 5, loi 13. Ulpien nous fait connaître que c'est un *rescrit* de Sévère et d'Antonin qui établit cette législation, considérant que « *neque matrimonium quaecumque. neque spem matrimonii violare permittitur* ». Déjà, auparavant, l'adultère de la femme donnait lieu à un *judicium publicum* contre la femme ou son complice. La loi Julia *De adulteriis* obligea le mari à poursuivre. Mais ces dispositions ne sont pas appliquées aux fiançailles.

lorsque les contractants ont pris la précaution d'insérer cette clause (1).

Avant même que le rescrit de Sévère et d'Antonin eût édicté la rigoureuse sanction contre l'adultère de la future, l'édit prétorien punissait d'infamie les secondes fiançailles contractées avant la rupture des premières, soit par l'une, soit par l'autre des parties (2). Une fois engagé dans cette voie, on voulut aller de l'avant, et on se demanda si la fiancée que son père avait donnée en mariage au mépris des premières fiançailles, n'était pas passible des peines frappant l'adultère. On ignore si cette prétention fut admise.

Ces analogies frappantes entre mariage et fiançailles justifient le langage du jurisconsulte Paul, qui considère comme expressions équivalentes, celles de « sponsa » et de « nupta » (3). Ailleurs, il ne distingue pas l'affinité créée par le mariage de la quasi-affinité engendrée par les sponsalia : il désigne purement et simplement cette dernière d'*affinitas* (4).

(1) Cette différence de traitement entre le fiancé et la fiancée est conforme à la morale antique, qui considérait comme moins grave l'adultère de l'homme et interdisait à la femme trompée toute vengeance et toute plainte. Notre Code pénal est inspiré de ces conceptions ; le Code civil actuel a établi, au contraire, une égalité parfaite entre l'homme et la femme.

(2) Respectueux du principe de la personnalité des peines, il ne frappe que le vrai coupable ; notamment, si la fille est placée sous la *patria potestas*, le père seul encourt le châtement.

(3) Paul, *Dig.*, liv. 23, tit. 2, loi 44.

(4) Paul, *Dig.*, liv. 22, tit. 1, loi 38, n° 1.

Cette façon de parler résume bien l'état de la législation de l'époque.

Identiques dans leurs effets, fiançailles et mariage le sont également au point de vue de leur mode de dissolution. Jusqu'à Auguste, la rupture pouvait être l'œuvre de la volonté unilatérale, le *repudium* s'exerçait en toute liberté, sans réglementation de la part du législateur. Les lois caducaires maintinrent le droit de répudiation, mais elles y apportèrent une double restriction. La première consista dans la perte, pour celui qui se retirait, du quadruple des arrhes ; la deuxième résulta des formalités nombreuses dont on entoura l'exercice de ce droit. La loi Julia *De adulteriis* exigea que l'annonce de la rupture fût adressée au prétendant frustré dans ses espérances, par un message écrit, dénommé « *libellum repudii* » (1). Une seconde condition était requise pour le divorce : la notification n'était valable qu'apportée par un affranchi et faite en présence de sept témoins. On ignore s'il en était de même, en matière d'inexécution des fiançailles. Une raison sérieuse de douter vient de ce que Paul (2) n'indique ce supplément de formalisme qu'en ce qui concerne le ma-

(1) Il était d'usage, avant Auguste, de faire connaître son intention de rompre au co-contractant d'une manière expresse. Gaius nous donne la formule employée d'ordinaire : « *conditione tua non utor* ». Gaius, *Dig.*, liv. 24, tit. 2, loi 2, n° 2. La formule relative au *repudium* dans le mariage était : *tuas res tibi non habeto* ou *tuas res tibi agito*, suivant que la rupture émanait du mari ou de la femme. La loi Julia *De adulteriis* les rendit obligatoires.

(2) Paul, *Dig.*, liv. 24, tit. 2, loi 9.

riage ; d'autre part, l'analogie entre les deux institutions ne doit-elle pas faire admettre sans hésitation l'affirmative ? Il est difficile de se prononcer, en l'état actuel des textes.

Quoi qu'il en soit de cette petite difficulté de détail, ce qui mérite d'être signalé par-dessus tout, dans la législation du Haut Empire sur les promesses de mariage, c'est la force, la puissance juridique du lien créé par le contrat de fiançailles. Bien loin d'être le produit d'un simple accord momentané de volontés, qui ne doit avoir aucune suite, qui n'opère aucun rapprochement, aucune liaison entre les parties contractantes, les fiançailles ont acquis, à la veille du christianisme, une importance capitale. Elles peuvent être considérées comme la convention décisive du mariage et presque comme la célébration même de l'union conjugale : « Ce n'est sans doute pas, dit M. Meynial, le mariage parfait, mais ce peut en être l'annonce, presque la première cérémonie. » (1)

SECTION III. — *Les Fiançailles dans le Droit chrétien.*

Le paganisme avait poussé loin l'évolution du principe de la liberté individuelle. Le résultat de la lutte que l'Etat avait, dès sa naissance, engagée contre la puissance paternelle, avait été l'affaiblissement considérable de celle-ci ; le consentement du pater-

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 10.

familias se trouvait relégué au second plan : le refusait-il, on en appelait au magistrat ; ne pouvait-il le donner, on passait outre. Les femmes avaient été affranchies de leur antique tutelle ; elles pouvaient contracter une promesse de mariage, presque en toute liberté.

Le droit, sous les empereurs chrétiens, ne fit guère que consacrer l'œuvre païenne relativement aux fils de famille.

L'œuvre du christianisme résida surtout dans le régime de protection dont on entoura les *puellæ sui juris* au-dessous de 25 ans. On sentait le besoin, à cette époque de décadence, de protéger la liberté individuelle contre ses propres faiblesses (1). Que d'excess à craindre dans une société aussi mêlée et corrompue que la société romaine d'alors !

On s'arrêta à un système de protection familiale tempéré par une surveillance très active de l'autorité publique. Il fut inauguré, croit-on, par une constitution de Sévère et d'Antonin, décidant qu'au cas de désaccord entre le tuteur, la mère et les propinqui, il appartient au président de la province de statuer (2). Ce qui est remarquable, c'est que cette constitution s'applique aux *puellæ*, tandis que les deux suivantes visent seulement : la première, les jeunes veuves, la deuxième, les *puellæ « in sacris posi-*

(1) Les mêmes nécessités firent établir la curatelle des mineurs de 25 ans.

(2) Constitution précitée, *C. Just.*, liv. 5, tit. 4, loi 1.

tæ » (1). Doit-on conclure à une restriction apportée à la législation première ? Nous ne le pensons pas, car plus on avançait dans le temps et plus la jouissance de la liberté individuelle devenait dangereuse. Le régime de protection était général, s'étendait à toutes les *puellæ* ; si les constitutions futures ne s'en expliquent pas, c'est probablement que des difficultés furent soulevées à propos des jeunes veuves et des femmes « *in sacris positæ* » (2). On dut se demander si le mariage ou l'entrée en religion ne devait pas légitimer une différence de situation avec les *puellæ* ordinaires et justifier une pleine liberté. Les empereurs répondirent par la négative.

Quels étaient donc les protecteurs ainsi reconnus par la loi ?

La constitution de Sévère et d'Antonin mentionne seule le tuteur. Il est vraisemblable que ce personnage dut disparaître de la scène juridique, en ces matières (3). C'est donc à la mère et aux propinqui (4) qu'il appartient de consentir au mariage des

(1) Ces deux constitutions forment les lois 18 et 20 du liv. 5, tit. 4, *C. Just.*

(2) En effet, le mariage était souvent accompagné d'une émancipation, et, quant à l'entrée en religion, les hésitations durent venir de ce que la qualité de Vestale affranchissait de l'autorité domestique.

(3) Se reporter aux explications données plus haut sur ce point.

(4) Qu'étaient les *propinqui* ? C'étaient, le mot l'indique, les proches parents ; mais, étaient-ils recrutés dans la famille agnatique ou cognatique ? Nul doute que ce fut dans cette dernière, l'ancienne parenté artificielle était tombée dans l'oubli, et, d'ailleurs, s'il est une matière d'où la loi ait dû la bannir, c'est bien de la nôtre. N'a-t-elle pas eu pour but d'entourer la femme de ses protecteurs et arbitres naturels, de ceux unis par les liens du sang ?

puellæ « *patris auxilio destitutæ* ». A vrai dire, la loi 18 parle de l'approbation du père et des proches, mais nul doute qu'une erreur de rédaction se soit glissée ; l'assentiment des proches n'intervient pas, lorsque le père est présent.

Cette direction de la puissance domestique sur les destinées des jeunes filles finit par présenter un caractère théorique. Depuis longtemps, la loi réservait la décision définitive au représentant de l'autorité publique, au cas de désaccord entre la partie intéressée et ses parents (loi Julia *De maritandis ordinibus*) ou entre les divers membres de la famille appelés à donner leur consentement (lois 1, 18 et 20 du livre 5, titr. 4 du C. Just.) « On s'habitua si bien, dit M. Meynial, à considérer en ces matières l'empereur comme tout puissant, qu'on eut recours à lui pour contraindre au mariage les intéressés. — On se sert de son nom et de son autorité pour légitimer ces violences. » (1) Les abus viennent surtout des grands qui, à la faveur de l'anarchie provoquée par les invasions incessantes des barbares et la faiblesse du pouvoir central, bravent toutes les prohibitions légales et arrachent par la violence bien des adhésions qu'ils n'auraient jamais obtenues sans elle.

Si nous revenons à l'étude du droit chrétien, nous constatons combien il s'est attaché à compléter l'œuvre déjà considérable du Haut Empire et à fusionner plus encore fiançailles et mariage. Il obéissait, en

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 27.

cela, aux tendances de l'Eglise à consolider les situations acquises, à assurer le respect de la parole donnée, tendances qui se sont surtout accusées en matière matrimoniale, à raison de son extrême importance, et parce qu'ayant élevé le mariage à la hauteur d'un sacrement, l'Eglise devait logiquement conclure à son indissolubilité : « *Quod deus conjunxit, homo non separet* », dit l'Evangile.

Elle reconnut cependant son impuissance à faire pénétrer immédiatement sa doctrine dans la législation et dans les mœurs (1). Les traditions dans le sens de la répudiation étaient trop solides pour ne pas résister longtemps encore. D'ailleurs, une promesse de mariage de par sa nature même, ne doit créer qu'un état provisoire. Pour ces deux motifs (2), on renonça au régime d'exécution forcée (3) ; on préféra assurer l'efficacité de la promesse, à l'aide de sanctions indirectes. Les réformes portèrent sur trois points :

(1) Sur la lutte de l'église contre le divorce, consulter M. Lefebvre, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, cours 1899-1900, p. 200 et suiv.

(2) Nous serions portés à attacher plus d'importance au premier qu'au second. Nous verrons que les tribunaux ecclésiastiques eurent recours, pendant le Moyen-Age, à des contraintes extérieures, à des châtimens corporels pour obliger à l'exécution des fiançailles.

(3) On possède bien une constitution sanctionnant la contrainte exercée par un empereur sur la volonté d'une jeune fille, lui imposant une union, sur ce fait que les fiançailles avaient été consenties avec l'approbation paternelle et devaient, par conséquent, être exécutées, malgré tout un concours défavorable de circonstances ; l'union qui répugnait, le curateur n'en était pas partisan. *C. th.*, liv. 5, tit. 1, loi 4. Cette constitution n'exprimait point la règle, légalement parlant, du moins.

Sur la pratique des arrhes ;

Sur la *stipulatio pœnæ* ;

Sur la réglementation des donations *ante nuptias*.

Les empereurs chrétiens apportèrent des adoucissements successifs aux dispositions des lois caducaires sur les « *arrhæ sponsalitiæ* » et finirent par revenir à l'ancien système de restitution au double. Une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose (1), décida que le seul montant des arrhes données, serait rendu, au cas de rupture, lorsque la fiancée aurait contracté sa promesse au-dessous de 10 ans ; en 469, Léon et Anthémios (2) étendirent la constitution précédente aux femmes sui juris, jeunes filles ou veuves, ayant moins de 25 ans révolus, à moins qu'elles aient obtenu la *venia ætatis* ; dans les autres cas, la restitution devait être effectuée au double.

Il va sans dire qu'une rupture basée sur de justes motifs, légitimait la retenue des arrhes ; on assimila à un juste motif le fait que la promesse a été contractée avec un gouverneur de province ou un fonctionnaire par une de leurs administrées (3).

Rien à dire sur la réforme relative à la *stipulatio pœnæ*, si ce n'est que l'empereur Léon permit aux particuliers de l'attacher à une promesse de mariage (4).

(1) *Code th.*, liv. 3, tit., 5, loi 6.

(2) *C. Just.*, liv. 5, tit. 1, loi 5.

(3) *Const. précitée*, *C. Just.*, liv. 5, tit. 2, *lex unica*.

(4) *Const. précitée*, *C. Just.*, liv. 5, tit. 1, loi 5.

Les mesures de beaucoup les plus importantes et les plus caractéristiques de l'état d'esprit du législateur, furent prises à propos des donations *ante nuptias*. La pratique de ces libéralités était connue à l'époque classique, mais elle n'était pas très fréquente. La loi ne s'en était guère occupée.

Qu'était-ce donc qu'une *donatio ante nuptias* ?

C'était une espèce particulière de libéralité entre époux, dont la dénomination de « *sponsalitia donatio* » indique nettement ses rapports étroits avec la convention de fiançailles. Elles se réalisaient pendant les fiançailles, car, après la célébration du mariage, toute disposition gratuite entre époux était interdite.

Ces donations, notons-le bien, émanaient ordinairement du jeune homme ; il y avait, très rarement, réciprocité. Les explications n'ont pas fait défaut : Godefroy croit en découvrir le vrai motif dans l'avarice des femmes « *quod avara est mulier et avarissimum genus mulierum !* » (1). M. Dareste y voit un vestige de l'antique achat des femmes, tel qu'il se pratiquait dans les régions asiatiques et en Grèce (2) ; il conclut à une importation des législations étrangères. C'est fort possible, mais nous inclinons à penser que c'est en vue de compenser les apports dotaux de la femme, à titre de contre-dot pour ainsi dire, que l'usage de ces donations s'est introduit à Rome. Le motif en est dans le parallélisme entre la généralisa-

(1) Gothifredus, *Com. ad. leg. C. th.*, liv. 3, tit. 5, loi 5.

(2) Dareste, *Journal des Savants*, juillet 1884.

tion de cette pratique et les progrès vers l'idée moderne de l'union conjugale, dont Modestin s'est fait l'interprète dans sa définition du mariage : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* » (1) Si le mariage est une société entre époux, n'est-il pas naturel que chaque sociétaire fasse un apport ?

Pour comprendre les procédés auxquels eut recours le législateur en vue d'atteindre son but, qui était d'assurer, à l'aide de ces donations, une exécution plus certaine des promesses de mariage, il est nécessaire d'esquisser à grands traits le mécanisme de l'institution. La *donatio ante nuptias*, quoique faite uniquement en vue du mariage, était irrévocable dès sa constitution (2) ; s'il n'en avait pas été

(1) M. Esmein fait remonter l'origine des donations aux cadeaux ou présents d'usage que le fiancé faisait à la fiancée. Cette coutume n'eut, jusqu'au Haut-Empire, aucune importance juridique. Mais, le jour où le cadeau du fiancé répondit à un vrai besoin, il devint une sérieuse et importante donation et passa du domaine des mœurs dans celui du droit. Esmein, *op. cit.*, p. 61. Cette opinion ne contredit en rien la nôtre, puisque son auteur reconnaît la transformation radicale que les besoins nouveaux firent subir à la pratique des présents de fiançailles. N'est-ce pas avouer par là même que cette pratique contribua tout au plus à faire admettre plus facilement les donations *ante nuptias* proprement dites ? Il est préférable de voir dans ces donations une institution toute nouvelle qui n'existait pas et ne pouvait exister auparavant, les besoins auxquels elle correspondait ne s'étant pas fait sentir. Remarquons, au surplus, que les cadeaux dont parle M. Esmein continuèrent d'être admis par les mœurs. Leur usage, celui de l'anneau notamment, subsista pendant tout le Moyen-Age ; il est encore pratiqué de nos jours.

(2) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, lois 10, 11, 12.

ainsi, s'il eût fallu attendre pour la réaliser d'une manière définitive la célébration de l'union, l'irrévocabilité eût été impossible ; plus encore, la donation aurait été caduque, sitôt le lien entre époux noué, puisque les libéralités étaient interdites entre conjoints. Ces dispositions étaient un frein puissant contre une répudiation arbitraire de la part du fiancé, mais elles ne garantissaient nullement celui-ci contre la mauvaise foi de la jeune fille, elles le mettaient à sa merci, et par là-même, elles incitaient cette dernière à la déloyauté.

Les intéressés le comprenaient si bien que, par une clause spéciale, ils en faisaient dépendre le sort de la réalisation du mariage. Cette clause ne rendait pas moins exécutoire sur-le-champ la donation ; elle lui enlevait seulement son caractère de donation pure et simple, pour l'affecter d'une condition résolutoire (1).

C'était insuffisant, et d'ailleurs pourquoi remettre à la prévoyance des particuliers le soin de corriger une législation manifestement imparfaite ? Constantin remédia à ces inconvénients par une mesure radicale : il décida qu'un refus injustifié de la part de la jeune fille ou de ses parents, si elle se trouvait sous leur dépendance, motiverait le retour intégral des biens donnés au donataire (2), et pour mieux harmo-

(1) On devine aisément la raison pour laquelle on ne pouvait apposer à la donation une condition suspensive, la condition étant la célébration du mariage. Cette condition n'aurait pu se réaliser, puisque l'époque de la réalisation aurait coïncidé précisément avec la passation de l'acte qui faisait interdire de telles libéralités.

(2) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, loi 15.

niser encore les dispositions législatives avec la véritable destination des libéralités *ante nuptias*, il déclara ces dernières caduques, au cas de décès du futur époux, avant les noces (1). Cette décision de principe admit quelques atténuations : elle ne fut pas applicable si le fiancé ne laissait ni père, ni mère, ni enfants d'un précédent mariage ; en outre, et ceci est à noter, la caducité n'embrassait que la moitié des biens, si la cérémonie de l'*osculum* avait été accomplie (2).

Les réformes de Constantin étaient considérables, mais les nécessités pratiques réclamaient davantage. Le fiancé était protégé, le mari avait été oublié par la loi ; on ne lui avait donné aucun remède contre un divorce injustifié de sa femme, ni contre une répudiation émanant de lui, sans doute, mais rendue légitime par la mauvaise conduite de l'épouse. La doctrine chrétienne poussant jusqu'au bout les conséquences de l'indissolubilité du lien conjugal, n'aurait pas dû inspirer une mesure contre le deuxième chef de divorce, contre une répudiation provenant du mari. Mais nous sommes à l'époque où les efforts de l'église se sont heurtés à la vieille tradition

(1) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, loi 16, *in fine*.

(2) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, loi 16. L'*osculum*, ou échange de baisers, est une cérémonie que l'Eglise a empruntée au paganisme et introduite dans ses rites. Les fiançailles se trouvent, dès lors, divisées en deux phases ; c'est l'*osculum* qui marque le passage de l'une à l'autre et qui scelle d'une manière définitive le lien antenuptial.

païenne (1) : le droit dut englober les deux situations et leur apporter des solutions identiques.

Ce qui facilita la tâche du législateur, ce fut l'usage très répandu d'assimiler les donations *ante nuptias* à la dot : la femme recevait les biens, objet de ces donations, et en faisait ensuite retour au fiancé. Les biens partageaient dès lors la destinée des biens dotaux, c'est-à-dire une destination conforme à l'institution matrimoniale.

Quel était donc le sort de la dot ?

On sait que le mari, autrefois propriétaire définitif de cette dernière, avait été obligé, par des clauses particulières tout d'abord, ensuite par l'édit ou la loi, à la restituer en partie. Il pouvait opérer certaines *retentiones*, au nombre desquelles figurait la *retentio propter mores*, dont la loi fixa le taux (2). La fusion de la dot et des donations *ante nuptias* permit d'appliquer à celles-ci le système des retenues, lorsque le divorce était causé par une faute imputable à la femme. En 449, Théodose et Valentinien décidèrent que, désormais, dot et donation *ante nuptias* seraient intégralement gardées par le mari, soit au cas de répudiation arbitraire de la femme, soit lorsqu'elle

(1) L'Église admit certains motifs de divorce jusqu'au concile de Trente, et même après ce concile, on autorisa l'époux chrétien d'un infidèle à contracter une nouvelle union, s'il était abandonné.

(2) Ces *retentiones* pouvaient être faites, même à la *dos recepticia*, c'est-à-dire à la dot à laquelle on avait joint une stipulation de restitution ; en d'autres termes, elles n'admettaient pas de clauses contraires.

avait fourni de justes motifs de rupture à son conjoint (1).

Les avantages du nouveau caractère de la *donatio ante nuptias* furent considérables : le régime dotal, en effet, était travaillé depuis de nombreux siècles, par le législateur et les praticiens, qui avaient cherché à le plier à toutes les exigences de la vie conjugale. Les donations *ante nuptias*, une fois devenues une sorte d'augment de dot, bénéficièrent du fruit de ce long labeur. Le mari conserva, pendant le mariage, la jouissance des biens qui en étaient l'objet; en outre, le prédécès de la femme le rendit propriétaire définitif. Ce dernier résultat corrigea une injustice des plus flagrantes : jusqu'alors, tandis que la dot était restituée à la femme au cas de prédécès du mari, la *donatio ante nuptias*, étant définitive dès les fiançailles, était irrémédiablement perdue au mari survivant. Elle partagea désormais le sort de la dot.

Pourquoi, dès lors, la confondre dans les libéralités interdites entre époux ? N'a-t-elle point perdu son caractère de donation pure et simple pour devenir un apport de biens en vue d'assurer la subsistance et l'entretien de la nouvelle famille ? L'empereur Justin assura le triomphe de la logique, en permettant la constitution et l'augmentation de cette donation pendant le mariage (2). Justinien, voulant mettre la lin-

(1) *C. Just.*, liv. 5, tit. 17, loi 8. Cette constitution est intéressante parce qu'elle contient une énumération des justes motifs de divorce.

(2) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, loi 19.

guistique d'accord avec les faits, lui enleva sa dénomination ancienne et décida qu'à l'avenir, elle porterait le nom de *donatio propter nuptias* (1).

Nous en aurions fini avec les fiançailles à Rome, si nous ne devions dire quelques mots d'une question qui a toujours paru d'une faible importance aux yeux des Romains, et sur laquelle leur droit a peu varié : il s'agit du mode de preuve admis à l'effet d'établir une promesse de mariage.

Jamais la loi romaine n'a songé à organiser un système spécial de preuves. Le rapport des témoins suffisait. Cela expliqua la présence des *sponsores* à la formation du contrat (2). Ces *sponsores* furent remplacés plus tard par la rédaction d'un écrit : c'était les « *tabulæ sponsales* » (3) sur lesquelles on constatait les arrangements d'ordre pécuniaire, préparatoi-

(1) *C. Just.*, liv. 5, tit. 3, loi 20. La novelle 119, cap. 1, la dispense d'insinuation.

(2) Les *sponsores* jouaient-ils plus que le rôle de simples témoins ? Répondaient-ils sur leur patrimoine de l'exécution de la promesse de mariage ? Cujas l'affirme (Cujas, *op. cit.*, t. VII, p. 939), mais il s'appuie sur les écrits de Servius qui ne nous entretient que des institutions latines. M. Colin croit qu'ils ne tardèrent pas à dégénérer en simples témoins et il raconte le récit suivant emprunté à Macrobe, *Saturnales*, I, 6, 25^e éd. Janus, 1852, p. 44. Un certain Cornélius, devant marier sa fille, réclame des *sponsores* pour cette solennité. Il aurait amené, dit-on, une ânesse chargée d'argent, en plein forum, stigmatisant ainsi la vénalité des témoins. Le surnom d'*Asina* serait resté à la famille des Cornélii, à la suite de ce fait. Les *sponsores* étaient donc des oisifs du Forum, payés pour assister les époux à la célébration de l'union, en qualité de témoins. Ambroise Colin, thèse, Paris, 1887, p. 38.

(3) Pour les cérémonies des fiançailles, voir cette même thèse, p. 36 à 46.

res au mariage : la dot, lorsqu'elle était constituée avant l'union, la *donatio ante nuptias*, quand l'usage se fut généralisé et qu'elle eut acquis une grosse importance. La preuve écrite se substitua ainsi dans la pratique à la preuve testimoniale, mais cet état de fait ne correspondait pas à un état de droit. Une constitution de Théodose et Valentinien en témoigne : « *Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus æstimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vet ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.* » (1) Cette constitution a trait, sans doute, au mariage, mais puisque les preuves du mariage sont admises avec une aussi grande facilité, il est évident que les fiançailles doivent pouvoir être aussi aisément établies.

(1) *C. Just.*, liv. 5, tit. 4, loi 22.

CHAPITRE III

LES FIANÇAILLES EN GERMANIE ET DANS LES LOIS BARBARES

La pratique des fiançailles dans l'ancienne Germanie nous est imparfaitement connue. Les premiers documents que nous possédions sur ces peuples barbares, sont fournis par César (1) et Tacite (2), et il est à croire que des recherches en vue d'obtenir des renseignements nouveaux, demeureraient infructueuses, puisqu'à l'époque de Tacite, l'écriture était encore ignorée des Germains.

Malheureusement, les deux historiens romains sont assez brefs et le second n'offre pas toute garantie d'impartialité : il a voulu faire, avant tout, œuvre patriotique, avertir ses concitoyens du danger redoutable d'une invasion qu'il pressentait déjà, et pour réaliser ses desseins, il s'est plu à idéaliser les mœurs germaniques, afin de les mieux opposer aux

(1) César, *De bello gallico*, liv. 4, nos 1 et suiv., liv. 6, nos 19 et suiv.

(2) Tacite, *De moribus germanorum*.

usages de luxe et de débauche qu'il constatait tout autour de lui (1).

Une deuxième source de renseignements se trouve dans les vieilles épopées germaniques. Les fameuses légendes des Valkyries jettent une certaine lumière sur la condition des femmes germanes, sur leur rôle dans la famille avant et après le mariage, sur l'organisation familiale dans ces âges reculés. Elles ne permettent cependant que des hypothèses. Il faut attendre, pour arriver à la certitude, la rédaction officielle que les barbares ont consacrée à leurs coutumes, lorsque, s'étant définitivement installés sur le sol qu'ils venaient de conquérir, ils ont éprouvé le besoin de fixer leur droit jusqu'alors assez flottant. Ces lois se ressentent trop de l'influence chrétienne et romaine (2) pour nous éclairer d'une manière satisfaisante sur l'état des mœurs primitives, et particulièrement sur la matière qui nous intéresse, sur le contrat de fiançailles. Nous nous placerons néanmoins à

(1) Son histoire est remplie d'allusions piquantes à l'encontre de ses concitoyens. On a relevé souvent ce passage : En Germanie, les bonnes mœurs font, plus qu'ailleurs, les bonnes lois.

(2) Cette influence éclate à chaque pas : ainsi, dans les lois Burgondes, on remarque bien des expressions toutes romaines : *decernimus*, *jubemus*, *statuimus* ; plusieurs titres sont consacrés aux rapports des Romains entre eux, des Romains et des nationaux, aux évêques et aux clercs, ce qui prouve qu'il devait fatalement s'être déjà opéré une certaine fusion, et que les anciennes coutumes germaniques se trouvaient défigurées par les importations étrangères. Mêmes observations pour les autres lois ; certains textes Lombards débutent par : *placuit nobis*, absolument comme beaucoup de constitutions impériales ; le prix payé par le mari pour obtenir le *mundvald* est qualifié de *meta* ou de « *sponsalitiū* ».

l'époque de leur rédaction, tout en essayant, à la lueur de leurs renseignements, de pénétrer dans les ténèbres de la préhistoire.

SECTION PREMIÈRE. — *Consentement aux Fiançailles.*

Il ressort nettement de la lecture des textes législatifs, qu'à l'époque où furent rédigées « les lois barbares », l'organisation familiale reposait moins sur l'idée de puissance que sur un besoin de protection. Les preuves sont faciles à établir : à 18 ans, dit la loi lombarde, à 15 ans d'après la loi Ripuaire, l'enfant est émancipé, il est libre de ses actes, « il peut se défendre lui-même ou choisir un défenseur ». Pourquoi, si ce n'est parce qu'il a atteint l'âge viril, parce qu'il est en état de porter les armes et, comme le dit la loi Ripuaire, d'assurer en justice sa propre défense ? (1) Il peut donc rechercher librement la compagnie de son existence. En fait, il ne se fiançait qu'avec l'approbation et le concours de sa famille, mais le droit lui reconnaissait une indépendance complète.

En est-il de même de la fille ? A priori, on doit, semble-t-il, répondre par la négative ; la femme n'a-t-elle pas besoin, à raison de la faiblesse du sexe, de la protection familiale ? Cette garantie ne va-t-elle

(1) Loi Ripuaire, tit. 83, art. 2. Rappelons que les procès sont souvent de vrais combats.

pas se traduire par une obligation d'obtenir le consentement de la famille, peut-être même d'accepter pour fiancé l'élu des parents ?

Les textes offrent sur ces points certaines divergences. La loi de Luitprand ne tient aucun compte du consentement de la femme : « *Si quis filiam suam aut sororem alii sponsare voluerit, habeat potestatem dandi cui voluerit libero tamen homine.* » (1) La loi de Rotharis contient les mêmes solutions (2). Les fiançailles dépendent donc exclusivement de la volonté paternelle, la fille était obligée de se soumettre à cette toute puissance.

Les autres lois barbares se présentent avec un caractère plus adouci. La loi Visigothique déclare formellement que la fille a besoin du consentement paternel (3), mais ses dispositions ne sont pas incompatibles avec la possibilité d'un refus pour la fille de se conformer au choix fait par le père. Les autres lois, lombarde (4), salique (5), ripuaire (6), exigent également l'agrément du père, mais la désobéissance aux parents n'entraîne pas la nullité du mariage ; elle fait encourir des châtimens à l'auteur de l'in-

(1) *Lex Luitprandi*, liv. 6, cap. 1, loi 66.

(2) *Lex Rotharis*, 181, 199.

(3) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 1, loi 7.

(4) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 2, lois 1 et 2.

(5) *Lex Salica*, tit. 14, art. 7.

(6) Voir le titre 34 qui s'occupe du rapt des femmes de condition libre ; il punit les auteurs ou complices du rapt, mais il ne parle pas du cas où la femme a consenti à l'enlèvement. Cette question n'est tranchée nulle part.

fraction. La peine est très grave chez les Francs Saliens : la jeune fille qui a violé l'autorité paternelle, est condamnée à perdre sa liberté. Aucune précision dans la loi Ripuaire.

Il est, en somme, fort difficile de tirer une conclusion certaine. On peut conjecturer toutefois, en s'appuyant sur l'étroite solidarité qui unissait les membres de la famille, sur l'entente, l'accord qu'implique une aussi solide union, que la jeune fille s'en rapportait le plus souvent à l'avis et au choix des parents, et que ceux-ci, soucieux de son avenir, et du désir également d'assurer par une alliance heureuse de bons défenseurs à la famille, agissaient au mieux de l'intérêt de tous.

La puissance tutélaire et, par conséquent, le droit d'agréer la demande du prétendant, était conféré au père (1). Mais en l'absence du père, qui l'exerçait ? Sur cette question, les lois peuvent se diviser en deux groupes : les unes placent la mère en première ligne ; à défaut de la mère, le *mundium* appartient aux frères, à leur défaut aux « *proximi parentes* » (2). Les autres méconnaissent l'autorité maternelle, elles assignent le premier rang aux frères et appellent immédiatement à défaut de frère, les *proximi parentes* (3). Les *proximi parentes* étaient, croit-on généralement,

(1) Voir ces divers textes précités.

(2) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 1, loi 7 ; *lex Burgundiorum*, tit. 59, tit. 85.

(3) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 2, loi 2.

les parents au degré le plus proche tant du côté paternel que maternel, les Germains n'ayant pas connu le système de parenté par les mâles : l'agnation.

Ces solutions sont contestées par M. Ginoulhiac (1). D'après cet auteur, le *mundium* aurait appartenu, à défaut de père, au frère ou à tout autre parent du côté paternel seulement. Il invoque la loi de Rotharis et celle des Saxons, laquelle ne parle, il est vrai, que de la veuve, mais où certainement on doit conclure à une pratique similaire vis-à-vis de la « *puella* ».

La réponse est simple : que la loi des Saxons donne la prééminence à la famille paternelle au point d'éloigner les parents maternels, c'est un point hors de discussion (2). Mais elle paraît être l'exception : la loi des Visigoths place sur le pied d'égalité parents paternels et maternels ; les Burgondes devaient être soumis à la même coutume ; le titre 85 « *si mater tutelam suscipere voluerit, nulla ei parentela præferatur* » n'est-il pas suffisamment caractéristique ? Lorsqu'on reconnaît à la mère un droit de tutelle sur ses enfants, il paraît logique de conférer, à son défaut, une certaine autorité aux plus proches dans la ligne maternelle.

La réponse est plus douteuse, en ce qui concerne les lois Salique et Ripuaire. La première semble renfermer des dispositions contradictoires : ainsi le titre

(1) Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, p. 180-181.

(2) *Lex Saxonum*, tit. 7, loi 2 ; loi de Rhotaris, 182, 185.

62 accorde un droit de succession mobilière aux sœurs du père tout d'abord ; s'il n'y a pas de sœurs, les plus proches du côté paternel, recueillent. Au titre 61, la branche maternelle est mise sur un pied d'égalité, peut-être même est-elle placée à un stade supérieur : la terre que doit jeter le meurtrier d'une personne, à ceux qui doivent lui éviter la mort en payant sa composition, peut atteindre les parents maternels aussi bien que ceux du côté du père.

Ce n'est pas tout : l'impression qui résulte de la lecture du texte est celle d'une innovation apportée par la loi, lorsqu'elle permet d'atteindre les parents du côté paternel. La loi Salique vise tout d'abord, exclusivement la famille maternelle : « si déjà son père, sa mère (du meurtrier), ou ses frères ont donné tout ce qu'ils avaient, il devra lancer cette terre sur la sœur de sa mère ou sur ses fils ou sur ses trois plus proches parents maternels », et ce n'est qu'un peu plus loin que la loi ajoute : « Il en sera de même à l'égard des parents de la ligne paternelle ». Au titre 65, parents paternels et maternels sont mis expressément sur le même pied.

Ces tâtonnements du législateur trahissent une période d'évolution. Dans quel sens cette évolution ? Nous ne serions pas éloignés de croire que c'est vers le patriarcat. Ce régime se caractérise par la supériorité du sexe mâle et une dépendance étroite des femmes. Or, si l'on rapproche les dispositions précitées des lois barbares, des anciennes légendes de Germanie, on sera frappé de la liberté dont jouis-

saient jadis les femmes germanes. La Brynhild des Eddas s'était fiancée, toute seule, raconte la légende, « au chef qui était assis sur le dos de Grani avec son or ». Son frère Atli refusa de lui délivrer la moitié de son patrimoine, si elle persistait dans ses intentions. Devant cette menace, elle renonça au projet. Il y a là, observe M. Meynial (1), une transaction à laquelle elle se prête pour avoir la paix et non une autorité devant laquelle elle s'incline. De même, Gudrun épousa Atli sans le vouloir ; ses frères durent avoir recours à la ruse pour lui faire rompre la promesse qu'elle avait faite seule à Sigurd (2). Pourquoi de tels procédés, s'ils avaient le droit de la contraindre à leur obéir ? Sans doute, son consentement est vicié, mais, comme disaient les anciens Romains, « *coacta voluntas, nihilominus voluntas* ».

Le récit de Tacite ne donne-t-il pas lieu de penser qu'aux débuts du II^e siècle, les Germains étaient encore près du régime matriarchal. Tacite insiste sur la vénération profonde envers l'oncle maternel (3), et il signale à ses concitoyens ce fait si étrange pour eux. Les Romains, d'ailleurs, avaient soin de retenir comme otages les parents par les femmes.

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 89.

(2) Ces deux exemples ont été empruntés à M. Meynial, *op. cit.*, p. 89.

(3) Le fils d'une sœur est aussi cher à son oncle qu'à son père, dit-il au n° 20, et il ajoute : quelques-uns pensent même que le premier de ces liens est le plus saint et le plus étroit. Tacite, *De moribus germanorum*.

Cependant, au sujet des fiançailles, il ne distingue pas : « le père, la mère, les proches assistent à l'entrevue » (1). Sans doute, dira-t-on, son ouvrage est bref, mais s'il avait remarqué une prédominance au profit des parents maternels, il n'aurait pas manqué, lui Romain, de la relever.

Qu'en conclure, sinon que les fiançailles devaient être considérées comme un gros événement de famille, intéressant le groupe familial tout entier, auquel il convenait que tous les membres apportent leur assistance et leur concours ? L'importance de cet acte, à raison des conséquences graves qu'il engendrait, et particulièrement des relations d'alliance qu'il faisait naître, appelait la réflexion de tous, la solidarité familiale achevait l'accord. Après les invasions, les groupements familiaux ayant tendance à se disloquer, on établit une hiérarchie parmi ceux appelés à donner leur consentement. Mais nous sommes à une époque où le régime matriarchal a disparu ; les Germains se sont acheminés vers un régime de puissance paternelle. La préférence est donc accordée au père. Quant à la mère et aux proches parents maternels, ils seront favorisés par les lois qui auront eu le plus de contact avec l'influence romaine et surtout chrétienne : telles les lois Burgondes et Visigothiques. La loi Saxonne, plus éloignée de ces influences, poussera plus avant l'évolution germanique.

(1) Tacite, *op. cit.*, n° 18.

Ce que nous venons de dire de la jeune fille ne s'appliquait pas à la veuve, dans certaines lois. Les lois lombardes et saxonnes assimilaient « *puella* » et « *vidua* » ; au contraire, les lois des Visigoths et des Burgondes (1) paraissent libérer la veuve de tout *mundium*, de la part soit de la famille originaire, soit de la famille de son ancien mari. On ne sait pas exactement ce qui se passait chez les Francs Saliens, lors de la rédaction de la loi Salique. M. Lefebvre (2) pense que la veuve n'avait nul besoin du consentement des parents ; il s'appuie sur le premier capitulaire, n° 7, et sur le récit par Grégoire de Tours, du second mariage de Brunehaut qui, après le meurtre de Sigebert, épousa d'elle-même Mérovée, fils de Chilpéric. Ces documents ont le tort d'être postérieurs à la loi Salique ; le seul titre de cette loi qui apporte quelque clarté à la solution de la question, paraît contraire : « si une femme de condition libre a suivi volontairement son ravisseur, elle perd sa liberté » (3). Il n'est pas question de *puella*, ni de *filia* ; le texte porte le nom de « *femina* », ce qui vise la veuve aussi bien que la jeune fille. La veuve semble donc se trouver « *in potestate* » et cette *potestas* est exercée par sa famille originaire, puisque le prix du *mun-*

(1) Textes précités : *Vis.*, liv. 3, tit. 1, loi 7 ; *Burg.*, tit. 52 et 85.

(2) Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du Droit matrimonial français*. Cours, 1899-1900, p. 353.

(3) Texte précité, tit. 14, art. 7.

dium (1) n'est versé aux parents du premier mari qu'à défaut de parents de la femme elle-même.

SECTION II. — *Empêchements à Fiançailles.*

Les lois barbares nous font connaître certains empêchements à mariage, et par conséquent aux fiançailles, puisqu'ils empêchent tout au moins celles-ci d'aboutir à effet. On peut en relever trois groupes : les uns découlent de la parenté, les seconds de l'entrée en religion, les troisièmes ont leur source dans la différence de condition sociale et le souci d'éviter le passage d'une classe à l'autre, dans la société.

L'inceste est presque universellement réprimé : aucune loi, si ce n'est la loi Saxonne et celle des Frisons, ne le passe sous silence. Les seules différences que l'on relève sont peu sensibles ; elles ont trait, soit au degré de parenté jusqu'où s'étend la prohibition, soit à la gravité du châtement infligé au coupable. La loi des Visigoths (2) interdit les fiançailles jusqu'au 6^e degré de parenté, à peine de rupture immédiate prononcée par le juge, et d'internement dans un monastère, si le mariage s'en est suivi ; la loi

(1) L'expression « *mundium* » est unanimement employée aujourd'hui pour désigner la puissance tutélaire, la *potestas* sur la femme. Elle vient d'un vieux mot germanique qui signifie tutelle. Aucune loi barbare ne l'emploie.

(2) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 5, loi 1.

Burgonde (1) n'indique pas les cas d'inceste, et n'édicte de peines que contre l'adultère ; la loi des Alamans (2) ne veut pas de fiançailles entre les « *socrum, nurum, privignam, novercam, filiam fratris, filiam sororis, fratris uxorem, uxoris sororem* ». La peine est rigoureuse, lorsque l'union matrimoniale s'est accomplie ; le juge l'annulera immédiatement, tous les avantages du contrat seront perdus, et si le coupable est mineur, il tombera dans la classe servile, il deviendra esclave du fisc.

Clotaire punit, comme incestueux, le mariage entre « *consobrinam, nepotem, novercam, fratris uxorem vel etiam de propria cognatione aut quam cognatus habuerit* » (3). Le coupable est frappé d'anathème, incapable de recevoir la communion, passible d'une peine exemplaire. La loi Salique (4) réprime le mariage avec « une sœur, la fille d'un frère, une cousine à un degré rapproché, l'épouse d'un frère ou d'un oncle ». Les peines sont, pour les époux, la rupture du lien contracté dans d'aussi « abominables » conditions, et, pour les enfants, l'illégitimité ainsi qu'une note d'infamie (5). La loi Ripuaire (6) enfin, malgré sa concision, vise l'inceste sans indiquer cepen-

(1) *Lex Burgundiorum*, tit. 36.

(2) *Lex Alamanorum*, tit. 48.

(3) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 8, loi 1.

(4) *Lex Salica*, tit. 14, art. 16.

(5) La loi Lombarde atteint aussi les enfants ; elle les prive de leurs droits successoraux au profit de la *curtis regie*, à moins qu'ils ne soient *propinqui parentes*.

(6) *Lex Ripuaria*, tit. 71, art. 2.

dant quelle est son étendue : il le réprime par l'exil et une confiscation de biens.

Ce sont les doctrines de l'Eglise catholique qui ont puissamment contribué à développer, dans les lois barbares, un système de prohibition et de répression du commerce incestueux. Il est remarquable de voir les lois Saxonnes et des Frisons, précisément les plus éloignées de l'influence chrétienne, ne pas parler de prohibition de mariage entre parents rapprochés (1). Au contraire, les Visigoths, qui se sont trouvés le plus en contact avec le monde romain, ont poussé loin cette prohibition. Certains textes de lois lombardes nous dévoilent l'origine de leurs dispositions : « *Hoc autem ideo affiximus quia. Deo teste, Papa urbis Romæ qui in omni mundo caput ecclesiarum Dei et sacerdotum est, per suam epistolam nos adhortatus est, ut tale conjugium fieri nullatenus permetteremus.* » (2) La loi du même titre donne d'ailleurs pouvoir à l'évêque de corriger (*emendandi*) le coupable (3), qu'elle avertit cependant de ne pas retomber dans la même faute (4), à peine de voir son alleu tomber dans le « *ficum regis* ».

(1) Tacite n'en dit mot, mais ce silence pourrait s'expliquer par la brièveté de l'ouvrage.

(2) *Lex Visigothorum*, liv. 2, tit. 8, loi 4.

(3) Il est intéressant de rapprocher la disposition de la loi 14 du tit. 8, *lex Visig.*, de l'*impedimentum publicæ honestatis*. La loi défend à un proche de conduire à la cérémonie du mariage celle qui a été fiancée avec son cognat défunt. Les mêmes motifs de décence publique ont fait admettre par l'Eglise l'empêchement en question.

(4) Si on veut connaître les motifs sur lesquels s'appuient ces prohibitions de l'inceste, on consultera avec fruit *Benedictus Levita*, III,

Les empêchements pour motifs de religion se rencontrent dans la loi des Visigoths, la plus imprégnée d'esprit catholique, et la loi lombarde, la plus complète de toutes. La première (1) condamne le prêtre, diacre ou sous-diacre, ainsi que celles qui ont embrassé la religion : « *Deo votæ, viduæ, pœnitenti* », convaincus d'avoir contracté mariage, à voir le lien dissous par l'évêque ou le juge. Elle inflige, en outre, des pénitences, une condamnation à deux livres d'or au profit du fisc, et quant aux femmes « *centenis flagellis a iudicibus verberentur* ». La loi lombarde (2) ne le cède en rien à la loi des Visigoths quant à la gravité de la peine ; elle dispose que les femmes qui ont embrassé la religion, soit spontanément, soit de par la volonté des parents, ne doivent pas quitter le voile religieux ; si elles ont contracté mariage, elles perdront tous leurs biens et seront enfermées dans un monastère, ou bien subiront telle peine qu'il plaira à la providence divine de leur infliger.

Les autres lois barbares ne disent rien des prohibitions de cette nature. En revanche, elles laissent percer l'esprit de caste qui anime ces peuplades, par

179. Les motifs sont identiques à ceux qui avaient inspiré le législateur romain : c'est la crainte d'une *turbatio sanguinis*. Benedictus nous donne une longue énumération des suites fâcheuses que peut avoir sur les enfants ce mélange de sang : ils peuvent naître, dit-il, *cæci, claudi gibbi, lippive*, etc. Plus tard, avec l'influence de l'Eglise, il s'y joignit des considérations de morale.

(1) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 4, loi 18.

(2) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 37, loi 1.

les dispositions nombreuses qu'elles consacrent à la répression sévère des fiançailles et des unions entre personnes n'appartenant pas à la même classe de la société. Elles ne veulent point de mariage entre des individus libres, d'une part, des esclaves (1) ou des affranchis, d'autre part ; les enfants issus de l'union tomberont toujours dans la condition pire et le coupable subira souvent le même sort (2). Elle voit également d'un mauvais œil la liaison des affranchis

(1) Qu'on ne dise pas que les esclaves sont hors le droit et, par conséquent, ne constituent pas une classe dans la société. Leur personnalité est parfaitement reconnue. Voir la loi Ripuaire, tit. 27, *lex unica*, et loi des Visigoths, liv. 3, tit. 3, loi 10.

(2) La loi Salique dispose que, si un Franc s'est uni en mariage à l'esclave d'un autre, il sera réduit avec elle à la condition d'esclave, *Lex salica*, tit. 27, loi 3 ; la loi Ripuaire édicte la même pénalité contre la femme ripuaire mariée avec l'esclave d'un Ripuaire ; elle ajoute, ce qui était peut-être inutile, que toute la postérité partagera cette condition, *Lex Ripuaria*, tit. 60, art. 18. Cette loi fait exception pour le Ripuaire qui a épousé une esclave appartenant au roi, ou attachée à une église, ou une affranchie tabulaire ; il restera libre, mais sa postérité sera esclave, tit. 60, art. 16. On appelle affranchi tabulaire celui dont l'acte d'affranchissement a été passé devant un évêque ; c'étaient les affranchis d'église, on les nommait « *homines ecclesiastici* ». Voir pour les formes de cet affranchissement la loi Ripuaire, tit. 60, art. 1.

La loi la plus sévère était celle des Visigoths : si une ingénue s'est mariée avec son esclave ou son affranchi, qu'elle soit tuée ; si elle a épousé l'esclave d'un autre, le juge doit prononcer immédiatement la nullité du mariage, et infliger « *centena flagella* » aux coupables ; les enfants sont esclaves, mais, si ce sont des proches, ils acquièrent un droit à la succession de leur mère. On sent, malgré tout, l'effort tenté par l'Eglise pour adoucir les situations de ceux qui n'ont point commis la faute, liv. 3, tit. 2, lois 2 et 3.

La loi lombarde ne condamne que la postérité à la condition servile, lors même qu'il s'agirait de l'union d'une ingénue avec son propre esclave.

avec les esclaves, et punissent d'esclavage le conjoint libre et sa postérité (1).

Une dernière question à se poser est relative à la condition d'âge. Les lois barbares fixent-elles un âge minimum, ou donnent-elles toute latitude au pater-familias pour réaliser le contrat de fiançailles ?

La loi lombarde est la seule qui tranche formellement cette question, et encore ses décisions visent uniquement la jeune fille. Elle dispose qu'une fille est incapable de se marier avant 12 ans révolus (2), mais elle apporte une exception à cette règle au profit du père ou du frère, qui peuvent fiancer et marier à tout âge, car, dit la loi, « *non est credibile ut pater filiam suam aut frater sororem suam doloso animo aut contra rationem, cuiquam homini dare debeat* » (3).

Les autres lois ne fournissent aucune indication : la loi Burgonde se contente d'interdire le mariage

(1) La loi Ripuaire dispose que si un affranchi tabulaire a épousé une esclave de la nation des Ripuaires, il restera affranchi, mais ses enfants seront esclaves ; si, au contraire, c'est une femme affranchie tabulaire qui a eu des relations avec un esclave, elle tombera dans cette condition avec sa postérité. D'ailleurs, un homme lui-même affranchi tabulaire qui aurait épousé une esclave attachée aux domaines du roi ou de l'Eglise, partagerait la destinée de son épouse, voir le titre 60. Le même esprit aristocratique se remarque au sujet de la répression contre le meurtre, contre le rapt ou la séduction. Le meurtre d'un esclave ou d'un affranchi est moins puni que celui d'un ingénu ; le rapt d'une jeune fille ingénue est plus grave que celui d'un esclave. Que d'échelons dans la hiérarchie sociale : ingénus, affranchis tabulaires, affranchis ordinaires, esclave du roi ou de l'Eglise, simple esclave !

(2) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 1, loi 10.

(3) Même loi, liv. 2, tit. 8, loi 2.

avec une femme d'un âge inférieur à celui de l'homme, à peine de rupture du lien matrimonial (1). Cela n'éclaire pas beaucoup notre sujet.

Il est à croire qu'en ce qui concerne les jeunes filles, le père de famille ou ceux qui exerçaient le *mundium* à son défaut, jouissaient d'une liberté complète pour contracter les fiançailles de l'enfant; la loi s'en remettait à leur sagesse, à leur expérience, à leurs sentiments d'affection. Tacite nous apprend que les parents n'abusaient pas des larges pouvoirs qui leur étaient conférés : « On ne hâte pas le mariage des filles, dit-il, elles ont comme leurs époux la vigueur de l'âge, la hauteur de la taille, et d'un couple assorti et robuste naissent des enfants également vigoureux. » (2) Déjà, en pénétrant dans le domaine du mariage, il avait dit qu'il n'y avait pas de traits dans les mœurs germaniques, qui méritaient plus d'éloges (3). La loi Lombarde confirme ces appréciations, en établissant que, plusieurs siècles après, la famille germanique n'avait rien perdu de la confiance du législateur (4). Seuls les propinqui sont traités avec une certaine méfiance : la loi leur impose un délai avant

(1) La raison qu'elle en donne est la suivante : « *Puellarum avidior et maxima ætas seros tardosque virorum contemnit expectare proventus* », liv. 3, tit. 1, loi 4.

(2) Tacite, *De moribus germanorum*, tit. 20.

(3) Même ouvrage, tit. 18.

(4) Le silence des autres lois s'explique par ce fait que le législateur n'a éprouvé nul besoin de consacrer une coutume qui remontait bien haut, ni de lui imposer certaines restrictions, comme le fait la loi lombarde pour les *propinqui*.

l'expiration duquel ils ne peuvent aucunement disposer du sort de la jeune « *puella* ».

Nous ne trouvons nulle part de texte relatif au jeune homme. Il est probable, d'après ce que nous connaissons sur sa condition, que, jusqu'à sa majorité, les parents pouvaient, en vertu de leur *mundium*, l'engager dans le lien des fiançailles, mais qu'arrivé à l'âge viril, il lui était loisible de rompre. Nous ajoutons que cette hypothèse est plutôt théorique ; les puissants liens de famille prouvent suffisamment que le jeune homme était plein de déférence envers la volonté familiale (1) et que, d'autre part, les parents n'imposaient pas une union hâtive ; ils attendaient l'âge de la pleine puberté pour engager les enfants dans l'union conjugale.

SECTION III. — *Mode de formation des Sponsalia.*

Nous abordons ici l'étude d'une matière qui intéresse au plus haut point l'histoire des anciennes tribus germaniques ; les nombreux problèmes qui se sont posés sur la condition de la femme dans la vieille Germanie, s'y trouvent condensés.

Tacite ne se démet cependant pas de ses habitudes de brièveté et de concision : « Ce n'est pas la femme, dit-il, c'est le mari qui apporte la dot. Le père, la

(1) Les formules de Rozières le prouvent surabondamment. Rozières, *Recueil de formules*, formules 234 et 235.

mère, les proches assistent à l'entrevue et agréent les présents. Ces présents ne sont point de ces frivolités qui charment les femmes, ni rien dont puisse se parer la nouvelle épouse. Ce sont des bœufs, un cheval tout bridé, un bouclier avec la framée et le glaive. En présentant ces dons, on reçoit une épouse. Elle, de son côté, donne aussi à l'époux quelques armes. » (1)

Les fiançailles sont donc une fête de famille ; les parents des deux branches, paternelle et maternelle, sont présents à la cérémonie de l'entrevue et de la présentation des objets offerts. Chose à remarquer, c'est le fiancé qui apporte la dot ; de plus, pourquoi cette façon un peu brutale de s'exprimer : en présentant ces dons, on reçoit une épouse ? Celle-ci serait-elle un objet vénal que l'on donnerait au mari, à titre de contre-prestation ?

Les lois barbares nous édifient bien davantage sur le caractère du contrat de fiançailles. C'est le mari qui apporte la dot ; cette dot doit être remise, au moins d'après le plus grand nombre de ces lois, aux parents, et les termes qui la désignent lui impriment un vrai cachet de prix d'achat. La loi Burgonde l'appelle « *pretium nuptiale* » (2) ; la loi des Visigoths, « *arrhæ* » (3), les lois Salique et Ripuaire indiquent que les femmes étaient mariées « *solido et denario* » (4) ; la loi Saxonne, plus rigide que les autres,

(1) Tacite, *De moribus germanorum*, tit. 18.

(2) *Lex Burgundiorum*, tit. 12, loi. 3, tit. 64, loi. 3.

(3) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 1, loi. 3.

(4) *Lex Salica*, tit. 46, art. 1.

s'exprime ainsi: « *Uxorem ducturus CCC solidos det parentibus ejus* » (1), et en parlant de la veuve « *qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus* » (2). Les lois fixent le montant de ce « *nuptiale pretium* » : les Alamans, à 40 solidi (3), les Francs Ripuaires, à 50 (4) ; les Saxons, à 300 (5) ; le taux est plus élevé lorsque la fille s'est mariée sans le consentement de ses parents (6).

Pourquoi donc cet apport de dot par le fiancé, sa remise aux parents de la femme, ces expressions pour le qualifier ?

Beaucoup d'auteurs, MM. Giñoulhiac (7), Fustel de Coulanges (8), Beauchet (9), etc., ont vu dans les fiançailles germanes, une vente véritable ; ce que les lois barbares qualifient si diversement, n'était autre chose que le prix d'achat de la future : « La femme germane, dit M. Ginoulhiac, demeurait en puissance toute sa vie ; le pouvoir tutélaire ou *mundium* était exercé d'abord par la famille originaire, laquelle le vendait au mari, au moyen de ce que la loi Burgonde

(1) *Lex Saxonum*, tit. 6, lex unica.

(2) Même loi, tit. 7, liv. 3.

(3) *Lex Alamanorum*, tit. 54, loi. 1.

(4) *Lex Ripuaria*, tit. 39, art. 2.

(5) *Lex Saxonum*, tit. 6, lex unica.

(6) La loi des Burgondes, par exemple, l'élève au double, triple, quadruple suivant les cas ; tit. 12, lois 1 et 3 et *primum addimentum*, tit. 14, lois 1 et 2.

(7) Giñoulhiac, *op. cit.*, p. 187 et suiv.

(8) Fustel de Coulanges, *La Cité antique*.

(9) Beauchet, Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français, *Nouvelle Revue Historique*, année 1882, p. 376.

appelle le « *pretium nuptiale* ». C'était les pourparlers en vue de sa fixation et la remise de ce prix qui constituait les fiançailles. Plus tard, sous l'influence du christianisme, le principe de personnalité de la femme se dégagea ; on ne considéra plus la femme comme un simple objet de commerce, une pure valeur vénale. On prit alors l'habitude de la faire bénéficier d'une partie du prix, et plus tard, du prix tout entier. Ainsi s'est formée peu à peu la société conjugale.

M. Lefebvre (1) se refuse à croire à une pareille dégradation du sexe faible chez les Germains. Pour lui, le *pretium nuptiale* est, non un prix d'achat, mais un présent : un présent, à raison du consentement des parents de la jeune fille au mariage, un présent, comme expression de sa gratitude, de la satisfaction qu'il éprouve à voir sa demande accueillie, un présent, à raison des considérations d'alliance qui étaient d'un grand poids sur le consentement aux promesses de mariage. Toutes les concessions qu'il peut faire aux partisans de l'opinion inverse, c'est de considérer ce présent comme un dédommagement pour la famille qui a élevé la jeune fille et qui va la perdre, au moment où elle est en état de se rendre utile.

Mais alors, pourquoi débattre les conditions d'un présent offert à titre purement gracieux ? pourquoi

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 360 et suiv.

cette tarification légale ? Il répond qu'elle est suffisamment expliquée par les considérations qu'il vient d'émettre : « N'a-t-on pas vu de tout temps des pourparlers d'intérêt venir s'adjoindre ou se heurter au sentiment qu'éprouvent les fiancés ? Les Romains ne débattaient-ils pas sur la dot et plus tard aussi bien sur la *donatio propter nuptias* ? Qui a jamais parlé, au point de vue du droit, du mariage par achats et ventes, même au sujet de ceux qu'on voit le plus fortement teintés d'intérêt ? »

Il déclare enfin que, nulle part, on ne relève une expression de vente à propos de la future ; ainsi, au moment où la loi des Saxons vient de prononcer les termes « *uxorem emere* », elle ajoute « *sed non liceat ullam feminam vendere* ». Il y a donc là quelque chose qui n'est pas clair, qui exige qu'on regarde de près le mot *emptio*. Or, les textes romains ne nous parlent-ils pas d'un mode de formation du mariage appelé *coemptio*, sans qu'on puisse trouver aucun indice d'achat de la femme. De même, le *familiæ emptor* était-il un vrai acquéreur d'hérédité ? M. Lefebvre en conclut que le mot *emptio* n'a été mis dans la loi saxonne que pour désigner « prendre femme ».

Où trouver la vérité ? Le problème est difficile, il y a beaucoup à reprendre aux arguments de M. Lefebvre : qu'il le veuille ou non, les textes renferment des expressions qui conviendraient fort bien à un contrat de vente. *Pretium* en latin signifie prix d'achat, *emere* signifie acheter, et le terme *coemptio*, employé pour désigner un des modes de conclusion

du mariage romain, paraît être une survivance de langage, phénomène très fréquent, car le langage n'évolue pas nécessairement avec les institutions. Il constitue donc par lui-même un indice d'un ancien état de choses, de la pratique du mariage par achat.

Les explications sur le *pretium nuptiale* ont le mérite de l'ingéniosité, mais par contre, le tort d'être un peu subtiles ; on ne conçoit pas aisément une tarification légale d'un simple cadeau, d'un présent offert à titre purement gracieux.

D'autre part, ainsi que le fait observer M. Meynial, le mariage paraît plutôt émanciper la femme que la soumettre au *mundium* du mari. Le seul droit de ce dernier est de punir l'adultère. Or, dit-il, « si Tacite eût pu soupçonner que le mariage mît la femme sous la puissance du mari comme à Rome il la soumettait autrefois à la *manus*, il n'aurait pas manqué de le signaler, car quel beau thème il aurait trouvé là pour ses comparaisons indignées ! » (1)

Il y a plus. Tacite termine son récit en disant : « C'est là le lien sacré de leur union, leurs symboles mystérieux, leurs divinités conjugales. » (2) Cette phrase ne donne-t-elle pas lieu de conclure à l'idée d'association conjugale et, par conséquent, d'une certaine égalité de condition entre femme et mari ?

Vainement objectera-t-on que Tacite est arrivé à une époque un peu tardive, où l'évolution avait déjà

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 81.

(2) Tacite, *op. cit.*, n° 18.

transformé les institutions anciennes, et que l'achat, autrefois réel, ne persistait qu'à l'état de symbole. L'évolution, croyons-nous, a été dans un sens opposé, dans le sens de restrictions de plus en plus considérables apportées à la liberté de la femme. Ce qui tend à le démontrer, ce sont les anciennes légendes des Valkyries, citées plus haut, où l'on voit les femmes décider seules du choix d'un époux. Or, une légende reflète toujours l'état moral et social d'un pays : si la femme avait été l'objet d'un achat, jamais la légende ne l'aurait montrée agissant en pleine indépendance. Que conclure de ces deux groupes de considérations contradictoires ?

Ce qu'il faut avant tout rechercher, ce sont les conséquences qu'entraînait le mariage pour la femme. Jusqu'où donc s'élevait la puissance maritale ? Allait-elle jusqu'à absorber la personnalité de l'épouse ? Tel est, pensons-nous, le nœud du problème.

Là-dessus, M. Ginoulhiac affirme lui-même que « si le mariage était dissous par la mort du mari, la femme, outre la dot et la *meta*, dont elle a toujours conservé la possession, retirait son *faderfium*, qui, malgré les droits du mari (administration et jouissance), n'avait jamais cessé de lui appartenir, à moins que les époux n'en eussent disposé, l'un ou l'autre, pour leurs besoins ou par aliénation » (1). Cette reconnaissance de droits aussi étendus au pro-

(1) Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 225.

fit de la femme, est-elle compatible avec la théorie du mariage-achat ?

Le mari acquérait bien, de par son mariage, certains droits, mais ces droits portaient moins sur la personne de la femme que sur ses biens. Il avait l'administration et la jouissance du *faderfium*, ensemble de biens mobiliers que le père donnait à sa fille en la mariant et qui représentaient tous ses droits au patrimoine de la famille ; il y succédait au cas de survie, en partie tout au moins (1), mais à son tour, la femme devenait co-proprétaire dès le mariage, des biens acquis pendant sa durée (2), et lorsque le mariage était dissous par la mort du mari, elle prenait part aux biens de ce dernier, à titre de donation, si elle avait reçu le *Morgengabe*, à titre de succession ou de participation dans le cas contraire (3). Et pareilles dispositions se rencontrent dans les lois saxonnes, les plus avancées dans la voie du prétendu mariage-vente (4).

Pourquoi donc les expressions de *pretium*, *emptio*, *meta*, *gift*, *vittemon*, employées à l'adresse de la femme ? A cela, nous répondrons que toutes celles qui éveillent l'idée d'un prix d'achat, sont romaines. On n'a pu préciser, au contraire, le sens des termes

(1) Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 219 à 223.

(2) Marculfi, *formulæ II*, 17 et 7.

(3) Ginoulhiac, *op. cit.*, 225-226. Le Morgengabe était un don que faisait le mari à son épouse le matin du lendemain du jour des noces. On l'appela plus tard le « *pretium pulchritudinis ou virginitatis* ».

(4) *Lex Saxonum*, tit. 9.

purement germaniques (1). Rien d'étonnant, dès lors, que l'idée exprimée ne corresponde pas exactement aux mots que l'on a empruntés. Les barbares ont trouvé le terme *coemptio*, ils l'ont transporté dans leur langage juridique, et ils ont ainsi parlé de « *emere uxorem* », et puisqu'on achète l'épouse, c'est moyennant un prix : ce sera le « *nuptiale pretium* ». Ces emprunts leur étaient d'autant plus faciles à réaliser, qu'ils traversaient, ainsi que nous l'avons remarqué, une période d'évolution vers le patriarcat (2). On sait que chaque pas fait vers ce régime se traduit par un nouveau degré d'infériorité dans la condition de la femme. La langue romaine leur fournissait des expressions commodes pour manifester leurs tendances.

La vérité se trouverait donc dans une solution intermédiaire : d'une part, la femme n'était pas, à l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire sous le

(1) M. Laboulaye prétend que *meta* viendrait de *mæthe* qui signifie aujourd'hui prix de location et qui signifiait autrefois prix d'achat. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours*, p. 115. M. Boissonnade remarque qu'elle fut employée le jour où il fut admis que la femme recevait le *pretium nuptiale* en totalité. La Boissonnade, *Droits de l'époux survivant*, p. 135.

(2) On a argumenté en faveur de la théorie de M. Ginoulhiac, de l'emploi du mot *vergeld* pour désigner la composition due par celui qui avait épousé une jeune fille, sans avoir demandé le consentement des parents de cette dernière. Rien de plus naturel cependant que de trouver ce terme usité en pareille matière. Cela prouve qu'on estimait que la jeune fille devait absolument obtenir l'autorisation familiale pour l'acte le plus important de l'existence. S'en priver était un vrai délit de droit commun.

régime des premières lois barbares écrites, un pur objet vénal ; d'autre part, sous l'influence d'une évolution croissante vers le système du patriarcat, se manifestaient des tendances de plus en plus accentuées à réduire la liberté des femmes, à les considérer comme des êtres inférieurs et, partant, à reconnaître sur leur personne divers droits au mari. Les peuples qui se sont trouvés plus tôt en contact avec la civilisation romaine et chrétienne, n'ont pas avancé aussi loin dans cette voie, tels les Visigoths et les Burgondes ; la loi Saxonne, au contraire, se signale par sa rigidité de langage et la sévérité de ses dispositions à l'égard du sexe féminin (1).

Ces considérations permettent de comprendre la tarification légale des présents du mari. Ces présents correspondaient à quelque chose de réel, à la concession d'une certaine puissance du mari sur la femme, et peut-être aussi, à l'administration et jouissance du *faderfium*.

Le *pretium nuptiale* était offert aux parents de la femme. Tacite ne nous dit pas qu'il leur était donné. Leur rôle consistait à « agréer les présents », et ce qui porte à croire qu'en réalité ils s'adressaient à la femme, c'est que l'historien ajoute : « ce ne sont point des frivolités qui charment les femmes — ce sont des bœufs, etc. ». Pourquoi cette observation, si le

(1) Voir les textes précités.

cadeau devait rester entre les mains des parents ? (1) Certaines lois barbares, au contraire, accordent la *meta* à la famille : « *uxorem ducturus CCC solidos det parentibus ejus* », dit la loi Saxonne ; elle ajoute qu'au cas de rapt sans violence, 300 solidi doivent être donnés aux parents, 240 à la jeune fille (2) ; la loi Burgonde accorde probablement à la femme le tiers du *vittemon* (3) ; les Lombards lui attribuent toute la *metha* (4). Moins de précision dans les lois salique (5) et ripuaire (6).

On controverse beaucoup la question de savoir si les fiançailles n'étaient pas constituées à la fois par la remise du « *pretium nuptiale* » et par la « *dos* », ou si *dos* et *pretium nuptiale* n'étaient pas termes synonymes. M. Ginoulhiac se prononce pour cette dernière opinion. M. Laboulaye déclare que ce n'est

(1) M. Boissonade est opposé ; il s'appuie sur ce que la dot ne consistait pas en objets utiles aux femmes, mais bien en instruments utiles aux seuls guerriers. Ce n'est pas suffisant, surtout si on se rappelle le rôle guerrier des femmes en Germanie, Tacite, nos 7 et 8. Il est permis de penser que la femme à qui revenaient ces objets, les remettait à l'usage du mari. N'était-ce pas ainsi lui rappeler qu'il avait à défendre son épouse et la famille ?

(2) *Lex Saxonum*, tit. 6, lex unica. La loi Salique accorde au fiancé de la fille enlevée 600 deniers ou 15 sous d'or, tit. 4, art. 9.

(3) Les deux tiers sont concédés à la mère, l'autre aux proches parents, et, pour le troisième, pas de réponse, *Lex Burgundiorum*, tit. 66, lois 1 et 2.

(4) *Lex Rotharis*, 178.

(5) La loi Salique ne parle que du « *reippus* » de la veuve ; pour les filles, elle ne dit rien, mais toutes les formules où il est question de mariage, suivant la loi Salique, nous représentent cette union contractée *per solidum et denarium*. Laboulaye, *op. cit.*, p. 114.

(6) La loi Ripuaire ne parle que de la dot.

que plus tard, lorsqu'il fut attribué à la femme que le *pretium nuptiale* devint le douaire, et il cite à l'appui une lettre des plus significatives de l'état des mœurs de l'époque (1). Il soutient, contrairement à Beaumanoir, d'après lequel l'institution du domaine légal aurait été établie par Philippe-Auguste, que ce douaire existait déjà dans certaines lois barbares (2). On peut ajouter un deuxième argument tiré de la loi Burgonde, laquelle traite différemment le *witteimon* et la dot (3).

(1) Voici la lettre : « Constitution du douaire, A ma très chère et très douce épouse N..., au nom de Dieu, moi N... Il a été convenu, d'un mutuel accord entre nos parents, que je vous fiancerai par le sol et le denier, suivant la loi Salique. Je l'ai fait. Il a été convenu également que je vous donnerais à titre de douaire quelque part de ma propriété. Je l'ai fait. Ainsi donc, par cet acte de douaire et par Andelang (*hand langan*, serrer la main) et rameau, je vous donne et veux que vous soit donné à perpétuité, tout ce qui est en ma possession ou ma propriété dans tel canton, dans tel lieu, sur tel fleuve, etc. Dès que le jour du mariage sera venu et que Dieu nous aura unis, je veux, ma très douce épouse, qu'à l'instant même, vous ayez, vous teniez, vous possédiez tout ce que je vous donne, et que vous ayez le droit le plus absolu d'en disposer comme il vous conviendra, etc., etc. » Nous avons reproduit *in extenso* cette lettre, à raison de l'intérêt qu'elle présente, et parce qu'elle reflète les usages du temps. Mais on ne saurait en retirer une preuve bien certaine en faveur de la thèse de M. Laboulaye, car dans la loi Salique, le sou et le denier étaient un *pretium nuptiale* manifestement insuffisant ; on conçoit qu'on ait éprouvé le besoin de constituer une dot à la femme.

(2) Laboulaye, *op. cit.*, p. 119. Voir lois Ripuaire, Saxonne, et celle des Alamans, textes précités.

(3) *Lex Burgundiorum*, tit. 66, comp. au tit. 62.

SECTION IV. — *Effets des Fiançailles.*

Les fiançailles engendraient, aux termes des lois barbares, les conséquences les plus graves. C'était une situation assez voisine du mariage qui se trouvait créée, et cette situation était protégée par le droit, à l'aide des sanctions les plus énergiques.

Les futurs époux se devaient l'un à l'autre d'exécuter leurs promesses réciproques, de contracter l'union matrimoniale. La loi ne prétendait sans doute pas les y contraindre par la force, mais le manquement à la parole donnée était frappé de fortes amendes versées entre les mains du prétendant déçu ou parfois à la famille, lorsque la rupture émanait du jeune homme : « Quiconque, dit la loi Salique (1), après avoir demandé une fille en mariage en présence des siens et des parents de la fille, refusera ensuite de l'épouser, sera condamné à payer 2.500 deniers ou 62 sous d'or et demi » (2) C'était donc le fait même de l'inexécution qui entraînait une condamnation à des dommages-intérêts, bien plutôt que le préjudice qui en était résulté. Certaines lois barbares cependant avaient eu souci de sauvegarder la

(1) *Lex Sabea*, tit. 70, *lex unica*.

(2) La loi prévoit la rupture de la part du jeune homme, mais il est vraisemblable que la jeune fille ou ses parents qui n'acquittaient pas la promesse de mariage, encouraient la même pénalité.

bonne réputation des jeunes filles ainsi délaissées : la loi des Alamans condamne le coupable à déclarer devant douze témoins, dont sept avocats, que ce n'est pas pour motifs d'inconduite qu'il a abandonné sa jeune fiancée ; qu'il la reconnaît pure de tous vices et que l'amour seul pour une autre l'a fait agir (1). Le législateur s'était rendu compte du danger que fait courir à la considération d'une jeune fille, une rupture de promesse de mariage ; il obligeait l'ancien amant à réparer par des aveux formels et publics, ce dommage moral.

Une deuxième obligation résulte du contrat de fiançailles : c'est, au moins à l'encontre de la fiancée, l'obligation de fidélité. La loi Burgonde ne prononce pas le mot adultère, mais elle le réprime avec la dernière sévérité. Elle ne veut pas qu'un si grand crime puisse être absous par le paiement d'une composition ; elle ordonne qu'il soit expié dans le sang et prononce la peine de mort (2). La loi des Visigoths est plus explicite (3) : le fait seul pour la fiancée de s'être promise à un autre constitue un adultère ; la sanction est l'esclavage au profit de celui qui avait reçu la première promesse et versé le *pretium nuptiale*. Cette peine frappe aussi bien la coupable

(1) *Lex Alamanorum*, tit. 53.

(2) *Lex Burgundiorum*, tit. 52, lex unica. L'adultère doit avoir été commis par la fiancée pour être punissable. Commis par le jeune homme, il légitime la rupture des fiançailles et, sans doute, la retenue du *pretium nuptiale*.

(3) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 4, loi. 2.

que son complice. L'adultère de l'épouse n'est pas plus sévèrement réprimé.

Certaines lois sont moins rigoureuses et ne donnent pas au lien de fiançailles cette puissance qui le rend presque identique au lien conjugal. La loi des Alamans (1) frappe d'une simple composition celui qui a ravi la fiancée à son légitime prétendant ; elle lui permet de la garder, mais moyennant le paiement du double. Les Lombards (2), au contraire, prohibaient l'union de la fiancée infidèle et de son complice.

L'exécution des promesses de mariage est donc garantie par toutes les lois barbares, Les parents eux-mêmes, ceux qui exercent le *mundium* sur la femme, ne peuvent se dédire, sous peine d'une amende.

Les fiançailles avaient, enfin, un troisième effet ; celui de légitimer le mariage subséquent. Les lois barbares le laissent clairement entendre : sans fiançailles, pas de mariage. La prétendue épouse peut toujours être réclamée par son père ou par celui sous la puissance duquel elle se trouve.

SECTION V. — *Justes motifs de dissolution.*

Les lois barbares, ne reconnaissant pas au lien matrimonial une puissance supérieure à la volonté bilatérale des contractants, devaient logiquement

(1) *Lex Alamanorum*, tit. 53, lois 1 et 2 ; mêmes dispositions dans la loi Saxonne, tit. 9.

(2) *Lex Longobardorum*, liv. 3, tit. 1, loi. 2.

accorder à ces derniers une pleine liberté pour rompre le contrat de fiançailles. Il va sans dire qu'un tel accord doit intervenir entre le fiancé et ceux qui excercent le *mundium* sur la jeune fille ; mais, dès lors, que décider si celui qui a donné son consentement, est mort ? N'est-il pas naturel de lui substituer la volonté de ceux à qui la loi confie, à son défaut, la puissance tutélaire ? Cette solution paraît contrariée par une loi des Visigoths (1), d'après laquelle, lorsqu'une jeune fille a été promise en mariage à quelqu'un, le mariage doit s'effectuer, si le père vient à mourir, lors même que la mère, les frères et les proches n'y consentiraient pas. La difficulté n'est qu'apparente, car l'hypothèse qui est visée par le texte, est celle d'une rupture unilatérale. Cela ressort clairement de la sanction qu'il édicte contre l'infraction à ces prescriptions, sanction qui consiste dans l'esclavage de la jeune fille au profit du premier fiancé.

Un premier motif légitime de rupture était le manquement de la part d'un des fiancés aux obligations du contrat. D'ailleurs, le fait de ne pas avoir rempli ses engagements, peut être considéré à bon droit comme impliquant une rupture tacite. Les textes précités nous apprennent avec quelle rigueur les lois punissaient ces fautes considérées comme des crimes de la plus haute gravité. Certaines lois empê-

(1) *Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 1 loi. 2.

chaient même le fiancé de reprendre celle à laquelle il avait prétendu : telles, les lois Burgondes et Visigothiques, puisqu'elles plaçaient la femme coupable dans la condition servile.

La loi lombarde autorise la fiancée à contracter de nouvelles fiançailles, si pendant deux ans à compter de la conclusion des premières, le fiancé a négligé de « *ducere uxorem* » (1). Cette hypothèse peut également se ramener à un cas de rupture bilatérale : le fait pour le fiancé d'avoir laissé écouler un laps de temps aussi considérable, ne signifie-t-il pas qu'il ne tient guère à l'union projetée, n'équivaut-il pas à une renonciation de sa part ?

Justifiaient une rupture, une maladie ou un accident grave survenus à la fiancée : lèpre, cécité, folie, possession du démon. Les Germains voyaient dans ces événements un châtement infligé par la Providence pour punir la femme de ses péchés : « *Si peccatis imminentibus contigerit, postquam puella aut mulier sponsata fuerit, aut leprosa, aut dæmoniaca, etc.* » (2)

On peut encore citer, comme dissolvant le lien des fiançailles, au gré d'une des parties, une grave inimitié entre les deux familles, à la suite d'un homicide ou autre crime de ce genre.

Mais une accusation téméraire d'adultère est insuffisante ; la loi condamne cependant le fiancé à

(1) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 1, loi. 11.

(2) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 1, loi. 3.

jurer devant douze témoins le mal fondé de son accusation, et s'il n'exécute pas sa promesse de mariage, il est condamné au double de la *meta* (1).

SECTION VI. — *Preuve des Fiançailles.*

Les lois barbares exigent-elles une preuve écrite de la remise du *pretium nuptiale*, pour attribuer à cette remise les conséquences qui en découlent normalement ? Cette question étonnera peut-être, posée pour une époque où le système des preuves préconstituées ne paraît guère connu et où particulièrement la preuve écrite ne jouissait pas d'une grande faveur. Ce qui donne lieu de la poser, c'est l'usage généralement répandu de rédiger les conventions matrimoniales dans des actes écrits dénommés « *libelli dotis* », dont les formules de Rozières nous ont laissé beaucoup d'exemples (2).

M. Beauchet (3) ne croit pas que ces écrits aient été jugés indispensables pour la preuve et a fortiori pour la formation des préliminaires nuptiaux ; il se base sur une loi des Francs Ripuaires assurant à la femme survivante une partie de la fortune du mari, malgré l'absence de « *tabularum instrumenta* » (4),

(1) *Lex Longobardorum*, liv. 2, tit. 1, loi. 2.

(2) De Rozières, *Recueil de formules*, t. 1, formules 219 à 240.

(3) Beauchet, *op. cit.*, p. 378.

(4) C'est le nom que donne la loi Ripuaire à ces *libelli dotis*.

et sur le titre 16 des « *capita extravagantia* », qui nous apprend qu'on pouvait constituer des dots verbalement, et que la preuve pouvait en être administrée à l'aide de cojurateurs.

Ces arguments semblent décisifs ; les textes invoqués sont trop précis pour autoriser des doutes sur leur interprétation. Le seul document embarrassant est une formule de Marculfe (1), dans laquelle l'auteur, parlant des instances faites auprès de l'intéressé pour qu'il rédige « *chartollam libelli dotis* », ajoute : « *sicut lex declarat* ». M. Beauchet affirme que la loi dont parle Marculfe, est en réalité l'usage. Cette interprétation est assez hardie, mais est justifiée par ce fait qu'aucune loi barbare n'appuie la formule en question. N'est-il pas, d'ailleurs, naturel de penser qu'à raison de la complexité des arrangements de famille qui précèdent ordinairement, encore aujourd'hui (2), un mariage, les intéressés tenaient à les coucher par écrit, afin d'en conserver une preuve facile et certaine ?

(1) Formule 52 de l'appendice de Marculfe.

(2) Aujourd'hui, cependant, les mariages ont perdu beaucoup leur caractère d'alliances entre les familles, qu'ils avaient autrefois.

II^e PARTIE

ÉVOLUTION DES FIANÇAILLES DANS L'ANCIEN DROIT

Depuis les premiers siècles de l'ère chrétienne jusqu'aux abords de notre grande Révolution, l'Eglise s'est efforcée d'imprimer une certaine direction au pouvoir civil et de faire pénétrer ses doctrines dans le domaine des faits. C'est surtout en matière matrimoniale que son influence a été considérable, car, dit M. Lefebvre, « c'est là surtout que le droit est intimement lié aux directions morales » (1).

Nous avons essayé de dégager les dispositions édictées sous l'inspiration des préceptes catholiques, soit dans les constitutions du Bas Empire, soit dans les lois barbares qui suivirent immédiatement la période des invasions (2). Il serait facile de poursuivre l'évolution, si celle des lois civiles et religieu-

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 457.

(2) Nous avons vu notamment combien les lois avaient une tendance de plus en plus marquée à faire de la femme une vraie compagne de l'homme, à assurer l'égalité de conditions entre les époux.

ses avait été parallèle ; mais les deux législations n'ont point marché ensemble, et c'est avec plus ou moins de fidélité que le pouvoir séculier embrassa et consacra les conceptions ecclésiastiques. Jusqu'au X^e siècle, on constate bien des résistances ; le droit civil est imprégné de l'esprit chrétien, mais d'une manière bien insuffisante aux yeux de l'Eglise, qui est obligée de faire appel à la crainte des châtimens éternels pour rappeler au respect des lois divines.

Au X^e siècle, l'Eglise profite de l'affaiblissement du pouvoir central, pour conquérir une pleine juridiction sur le mariage, et lui appliquer, par conséquent, ses prescriptions. La situation dure jusqu'au XIV^e siècle ; à cette époque, le pouvoir central s'est ressaisi, la féodalité a été vaincue, la royauté victorieuse se met activement à l'œuvre pour reprendre ses anciennes prérogatives et légiférer elle-même sur les causes matrimoniales.

C'est la législation canonique que nous étudierons tout d'abord ; l'examen des lois civiles fera l'objet d'un deuxième chapitre. L'influence du droit canon sur les coutumes ressortira ainsi d'elle-même.

CHAPITRE PREMIER

LES FIANÇAILLES CANONIQUES

SECTION PREMIÈRE. — *Consentement aux Fiançailles.*

L'Eglise continua sur ce point la tradition romaine. Elle poursuivit l'affaiblissement du groupe familial et donna à l'individu plus d'initiative, plus de liberté dans les divers actes de son existence ; en matière de fiançailles notamment, elle finit par réduire, dit M. Esmein, l'ancienne puissance familiale « à sa plus simple expression » (1).

La voie était toute tracée en ce qui concerne le fils de famille. Le consentement du paterfamilias avait été relégué au second plan, et sitôt le père décédé, le fils était libre de toute autorité. L'Eglise paraît cependant avoir sacrifié, au début, aux tendances germaniques. Ce qui porte à le croire, c'est une disposition insérée dans les décrétales de Grégoire IX (2), décidant que le père peut fiancer son fils impubère à qui

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique* p. 163, t. I.

(2) CXXXI, quæstio 2, canon 2.

bon lui semble, et définitivement. La glose (1) rejette cette doctrine, mais on peut affirmer que telles devaient être les théories admises primitivement par l'Eglise à l'époque où « deux familles, faisant la paix, fiançaient ensemble, comme gage de réconciliation, les enfants en bas âge ; on ne devait pas permettre au caprice des enfants devenus adultes de troubler par un refus, l'harmonie péniblement établie » (2).

La doctrine qui prévalut fut nettement individualiste : le père put fiancer son fils même pubère, mais le contrat ne devenait définitif que par la ratification de l'enfant (3).

L'œuvre à accomplir était plus considérable pour les filles, car ni la loi romaine, ni la loi germanique n'admettaient, au moins pour les *puellæ*, de liberté individuelle. L'Eglise reconnut de très bonne heure, la nécessité du consentement de ces dernières, mais elle exigeait aussi celui de leur père ou de ceux qui exerçaient sur elles la *potestas* (4). Pierre Lombard (5) fut le premier à décider que le consentement des parents n'est jamais une condition essentielle à la validité du mariage. Il est à noter que Lombard ne faisait allusion qu'au mariage ; néanmoins, sa doctrine devait paraître nouvelle, puisqu'il expri-

(1) Glose sur c. 1, CXXX, quæstio 2.

(2) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 161-162.

(3) Liv. 4, tit. 2, cap. 1, pour l'adulte, cap. 9 pour l'impubère

(4) C. 30, quæstio 5, c. 1.

(5) Pierre Lombard, *Sententiæ*, IV, DXXVIII, B.

maît sa pensée dans une interprétation d'une décision du pape Evaristus, lequel disait : « *Aliter legitimum non sit conjugium, nisi ab his qui super feminam dominationem habere videntur et a quibus custoditur, uxor petatur et a parentibus desponsetur.* » Lombard déclare : « *Hoc ita non intelligendum est, tanquam sive enumeratio non possit esse legitimum conjugium, sed quia sine illis non habet decorem et honestatem debitam.* »

Le consentement paternel demeurait toujours requis pour les fiançailles. C'eût été logique, si la règle admise par les lois barbares « pas de mariage sans fiançailles » se fût maintenue. Mais précisément, elle ne se maintint que pour les *sponsalia per verba de futuro* ; les *sponsalia per verba de præsenti*, qui sont presque le mariage, puisque l'engagement réciproque des époux est exprimé au présent (1), ne furent plus obligatoirement précédées des premières (2). On ne pouvait plus désormais exiger un consentement

(1) Il manquait au « *verum matrimonium* » la consommation du mariage. A partir du concile de Trente, ce fut la bénédiction du prêtre qui fut nécessaire à la perfection de l'union.

(2) Or, dit M. Esmein, c'est lors des *sponsalia per verba de futuro* qu'intervenait le consentement, parce qu'autrefois elles étaient la préface obligée du mariage. Il eût été inutile de fournir un deuxième consentement au moment de la célébration. Il eût été la répétition du premier, car la *desponsatio* liait les parents qui ne pouvaient se dispenser de consentir à leur exécution. Esmein, *op. cit.*, p. 159. Le même auteur donne comme second motif de l'innovation réalisée, le fait que le mariage est une chose spirituelle et que, quant aux choses spirituelles, *jure canonico*, l'enfant dès sa puberté était affranchi de la puissance paternelle.

à fiançailles, qui n'était pas nécessaire lorsqu'il s'agissait d'accomplir l'acte définitif.

La liberté de décision finit donc par être reconnue aux femmes. Cette doctrine nouvelle reçut une éclatante confirmation au Concile de Trente ; elle fut élevée à la hauteur d'un dogme, d'un article de foi, puisqu'étaient, à l'avenir, frappés d'anathème, ceux qui prétendraient qu'un mariage conclu sans l'assentiment des parents, est atteint de nullité (1).

Le droit canon n'eut pas à lutter seulement contre l'autorité domestique, il eut à intervenir pour réfréner les abus exercés par les rois et les seigneurs vis-à-vis de leurs sujets. C'est principalement sur les successeurs des esclaves, sur les serfs, qu'il étendit sa protection. Le Concile de Paris de 557 abolit le droit que s'étaient arrogés les seigneurs d'épouser leurs jeunes serves, malgré elles, malgré leurs parents (2). Mais la nécessité de l'approbation seigneuriale continua à être admise jusqu'au pape Adrien (3) qui, dans une décrétale (4), déclara pleinement vala-

(1) *Decretum de reformatione matrimonii*, sessio 24, cap. 1, au début.

(2) Ils ne pouvaient exercer ce droit qu'avec une autorisation royale, laquelle était spéciale, devait intervenir toutes les fois qu'ils voulaient contracter une telle union. (*Lex Visigothorum*, liv. 3, tit. 11, loi 53. Le Concile de Trente permit aux vassaux de se passer de l'agrément du suzerain (sessio 24, cap. 9) ; déjà en 589, le Concile de Tolède avait édicté pareille prohibition, mais devant les progrès de la puissance féodale, elle était demeurée lettre morte.

(3) Les sentences de Pierre Lombard rendent obligatoire ce consentement pour la validité du mariage (tit. 4, D, XXVI, B).

(4) Liv. 4, tit. 9, cap. 1.

ble le mariage contracté par les serfs malgré leur maître.

SECTION II. — *Empêchement à Fiançailles.*

L'Eglise apporta sur ce point les plus grandes innovations. Elle étendit le champ d'application des empêchements déjà existants, elle en créa un grand nombre d'autres, tout en ne reconnaissant pas à tous la même valeur (1). Ces réformes intéressent pour la plupart les fiançailles, mais par voie de conséquence. Nous nous contenterons donc de renvoyer à l'étude très complète et très documentée de M. Brissaud (2). Le seul empêchement spécial au contrat de fiançailles est celui que le droit canon dénomme « *impedimentum publicæ honestatis* ».

Cet empêchement à fiançailles a des origines romaines. A Rome, le mariage était interdit entre le fils et la fiancée du père et réciproquement, prohibition qui était basée sur des considérations de morale et d'honnêteté, de décence publique. L'Eglise,

(1) On connaît la grosse distinction entre empêchements dirimants et empêchements simplement prohibitifs, les premiers opposant un perpétuel obstacle à la validité du mariage, les deuxièmes n'arrêtant que la célébration de l'union.

(2) Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, t. II, p. 1038 à 1049. Notons cependant que tous les empêchements à mariage ne constituent pas, à proprement parler, des empêchements à fiançailles : tels ceux pour lesquels il est permis d'espérer une dispense ; cas, par exemple, d'un empêchement entre cousin et cousine en deçà du degré prohibé.

qui attachait beaucoup d'importance aux fiançailles, devait rejeter celles qu'on aurait prétendu contracter dans de pareilles conditions : c'est ce que décident les canons qui défendent d'épouser la fiancée d'un frère, d'un neveu, de quelqu'un qui est uni par les liens du sang (1). Yves de Chartres n'invoque cependant pas les mêmes motifs qu'à Rome : si la loi canonique est telle, c'est parce que le mariage est presque accompli après la *desponsatio* (2) ; dans son épître 246 (3), au contraire, il met en avant des considérations d'utilité sociale, il déclare que « *per hanc licentiam possent multa inhonesta et incestuosa provenire conjugia* ». Les décrétales de Grégoire IX (4) sont dans le sens de cette dernière épître.

C'est donc sur les motifs romains que se fixa la doctrine canonique. Désormais, le nouvel empêchement sera dénommé « *impedimentum publicæ honestatis* ».

Jusqu'où s'étendait-il ?

Les textes contenus dans le décret de Gratien sont vagues et semblent étendre à tous les parents des fiancés la prohibition de contracter mariage. C'eût été profondément inique, et illogique du reste, car si on avait ainsi poussé plus loin les empêchements résultant des fiançailles que ceux auxquels le ma-

(1) C. 27, *quæstio* 2, c. 11, 12, 14, 15.

(2) Yves de Chartres, épist. 99 (p. 952).

(3) Yves de Chartres, épist. 246 (p. 436).

(4) Liv. 4, tit. 1, cap. 8.

riage donnait naissance, on aurait assisté à ce phénomène étrange que la célébration du mariage aurait restreint l'étendue des empêchements à mariage. Le droit canon les limita au 7^e degré, tout d'abord (1), jusqu'à une décision du Concile de Trente qui rompit cette analogie avec le mariage, en restreignant la *publica honestas* au premier degré seulement (2).

La logique commandait aussi de ne pas faire partager à l'empêchement d'honnêteté publique le caractère provisoire des fiançailles, de le laisser subsister, les fiançailles rompues. Ce fut la théorie admise, mais on voulut aller plus loin et malgré les résistances du plus grand des scolastiques, saint Thomas d'Aquin, la législation canonique reconnut à l'*impedimentum* un effet définitif, lors même que les fiançailles auraient été nulles dès leur origine, pour un motif autre que le défaut d'âge ou de consentement (3). C'était excessif, mais il faut attendre le Concile de Trente pour voir réformer le droit sur ce point, et refuser aux fiançailles qui « *quacumque ratione valida non erunt* » (4), la création d'un empêchement à mariage.

Une question discutée est celle de savoir si, à ses débuts, le droit canon imposait un âge préfixe aux fiançailles. Gratien se prononce catégoriquement

(1) Même canon, liv. 4, tit. 1, cap. 8.

(2) *Decretum de reformatione matrimonii*, sessio 24, cap. 3.

(3) Liv. 4, tit. 2, cap. 5.

(4) Décret précité, sessio 24, cap. 3.

• pour l'affirmative : « *sponsalia ante septennium contrahi non possunt* ». (1) Le motif qu'il en donne est que le libre consentement de l'intéressé doit présider à la conclusion du contrat, il faut donc que l'enfant comprenne la portée de son acte.

Yves de Chartres, au contraire, répondant dans une lettre sur le point de savoir si les enfants de six ans et au-dessous peuvent être fiancés valablement par leurs parents, déclare que les lois civiles et ecclésiastiques hésitent : « *Qua autem ætate ista fieri debeant, nec ecclesiasticis, nec humanis legibus pleniter est definitum.* » (2)

Il y a donc une certaine contradiction entre les deux auteurs, mais l'opinion la plus admissible est celle d'Yves, car Gratien invoque à l'appui de la sienne un texte du pape Nicolas, qui a trait au seul mariage (3) ; il conclut donc du mariage aux fiançailles. En outre, et surtout, le pape dit simplement que le mariage (*cunabula*) contracté par les parents est soumis à la ratification des enfants, lorsque ceux-ci ont atteint l'âge de raison. Les conclusions du raisonnement de Gratien dépassent les prémisses.

Le droit canonique, à l'exemple de la loi romaine, s'arrêta à l'âge de sept ans (4) ; il autorisa, sans doute, les parents à fiancer leurs enfants au-dessous de cet

(1) C. 30, *quæstio* 2, c. 1.

(2) *Epistola* 99 (p. 190).

(3) Liv. 4, tit. 2, cap. 2.

(4) Liv. 4, tit. 2, cap. 4 et 5.

âge, mais les enfants ne purent se fiancer eux-mêmes qu'à la sortie de l'*infantia*. Dans les deux cas, ils pouvaient rompre impunément la convention, lorsqu'ils étaient arrivés à l'âge de la puberté. Dès lors, quel intérêt pratique s'attachait à la distinction entre les fiançailles conclues avant et après sept ans? La réponse se trouve dans le canon 12, livre 4, titre 2, des décrétales de Grégoire IX : les deuxièmes seules engendrent l'*impedimentum publicæ honestatis*, et cet empêchement est définitif. Ce ne sera donc pas, sans risquer de le déplorer dans l'avenir, que le jeune garçon s'engagera dans le lien des fiançailles, car si plus tard il veut le rompre, « *multos amisit uxores* », dit Hostiensis (1).

SECTION III. — *Mode de formation des Fiançailles.*

L'Eglise fit prévaloir, de très bonne heure, le principe que le seul consentement suivi de copulation, suffisait à la perfection du mariage. Il était évident, dès lors, qu'une pleine liberté devait être garantie aux contractants pour la convention de fiançailles, et que toute cérémonie extérieure, toute formalité qui aurait eu pour résultat d'entraver son exercice, n'avait plus de raison d'être et devait être logiquement rejetée. L'Eglise reconnut cependant certaines

(1) Summa d'Hostiensis, p. 351. Le Concile de Trente fit disparaître à peu près complètement le côté pratique de la question, en supprimant le caractère définitif de l'*impedimentum publicæ honestatis*.

pratiques solennelles usitées depuis fort longtemps : c'était les *sponsalia per verba de futuro*, dont la formule habituelle était conçue dans les termes suivants : « Je vous prendrai pour époux, je vous prendrai pour épouse. » Il n'y avait point d'expression consacrée, dont la prononciation fût obligatoire, mais il fallait au moins une manifestation expresse du consentement et cette manifestation devait se faire *per verba* (1). Par exception, on admettait la validité des fiançailles contractées au moyen de *signa*, au profit des sourds et des muets (2). On dut également autoriser la conclusion du contrat entre absents ; on admit ce procédé sous le prétexte que les procureurs prononçaient les paroles pour les intéressés ; ceux-ci étaient censés parler par la bouche de leurs mandataires (3), mais on exigea un mandat spécial et non révoqué lors de la prononciation de la formule (4).

On se montrait donc très large relativement aux formalités : l'Eglise recommandait néanmoins, sans les rendre obligatoires, certaines cérémonies religieuses (5). Le registre de Cerisy nous cite des exemples

(1) Liv. 4, tit. 1, cap. 25.

(2) Liv. 4, tit. 1, cap. 23.

(3) Glose sur c. 8, causa 30, questio 5.

(4) Hostiensis donne les formules usitées en ce cas, dans sa somme : *De sponsalibus*, p. 341.

(5) L'Eglise n'exigea pas non plus la dot et les donations *propter nuptias*, comme conditions essentielles à la validité du mariage. Cela ressort avec évidence des dispositions des canons 3, quæstio 5, causa 30, et 2, quæstio 2, causa 27.

de *sponsalia per verba de futuro* conclues *in facie ecclesiæ*, devant le prêtre ; on appelait ainsi les fiançailles que les parties avaient fortifiées à l'aide d'un serment.

Il existait à côté des *sponsalia per verba de futuro*, un second mode de formation des fiançailles, dénommé « *sponsalia per verba de præsenti* ». L'engagement était contracté au présent, ainsi que le nom l'indique : « je vous prends pour époux, je vous prends pour épouse », sans toutefois qu'il dût être précédé des *verba de futuro*.

Des controverses se sont élevées sur la vraie nature de cette convention : devait-on l'assimiler au mariage ou bien la considérer comme de véritables fiançailles, quoique entraînant des effets plus importants que les premières, à raison du caractère pur et simple de l'objection ?

Gratien adopte cette dernière opinion, la nécessité de la « *copula carnalis* » lui paraissant inconciliable avec l'idée que les simples fiancés sont déjà des époux (1). Il rapproche cependant de très près du mariage, de telles promesses, puisqu'il les déclare constituer un des échelons de l'union matrimoniale ; il les dénomme « *conjugium initiatum* ». La *copula carnalis* le transformera en « *conjugium ratum* » (2) Pour Pierre Lombard, la *desponsatio per verba de*

(1) Voir l'exposé très clair et très complet de M. Esmein, *op. cit.*, p. 109 à 112 et les textes cités par cet auteur.

(2) C. 27, quæstio 2, canons 35 et 37.

præsenti n'est autre chose que le mariage lui-même, le « *pactio conjugalis* » auquel il attribue tous les effets d'une union véritable : la *sponsa* prend la qualité de veuve après la mort du *sponsus*, les liens d'alliance sont créés, les fiancés ne peuvent entrer en religion, le mariage contracté au mépris des *verba* est nul, fût-il consommé (1).

C'est la théorie de Gratien qui aurait dû l'emporter, à mesure que se développait l'idée que la consommation et la bénédiction nuptiales étaient indispensables à la formation du lien conjugal. M. Esmein soutient que celle de Pierre Lombard fut définitivement acceptée. Il se base sur des constitutions d'Alexandre, notamment sur les canons 3 et 8 livre 4, titre 4, *De sponsa duorum*, et sur le canon 2, livre 4, titre 16, *De matrimonio contracto contra interdictum ecclesiæ*. Ces trois textes indiquent, en effet, qu'un mariage est nul, même consommé, lorsqu'il est contracté par un individu engagé dans le lien prénuptial. On pourrait ajouter un quatrième texte : le canon 2, livre 4, titre 3 : *de eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ vel sponsæ*.

Ces arguments sont insuffisants pour autoriser à accepter la théorie de M. Esmein. Aux qualifications de *matrimonium*, nous opposons celle de *sponsalia*. Nous faisons remarquer l'expression « *sicut dicitur, matrimonium* », ce qui paraît prouver que

(1) *Sententiarum*, liv. 4, D. 27.

c'est pour sacrifier à de pures habitudes de langage que l'auteur parle de pacte conjugal. Bien plus, le canon 35, causa 27, quæstio 2 est ainsi conçu : « *Quum initiatur conjugium, nomen conjugii asciscitur, non quum puellæ viri commixtione cognoscitur* ». Donc, c'est par pure dénomination, et presque par abus de langage que le terme « *conjugium* » est employé, puisqu'il n'y a de « *verum matrimonium* » qu'à la consommation. Les textes indiquent, sans doute, qu'il est défendu d'épouser quelqu'un, au mépris des *verba de præsentî* ; il y a là une très sérieuse objection, mais nullement décisive, car elle se trouve combattue par certaines dispositions proclamant la dissolution du prétendu mariage par l'entrée en religion d'un fiancé (1) et de ce que la femme du *sponsus* décédé ne demeurerait pas veuve.

A vrai dire, la discussion est dénuée d'intérêt pratique, puisque tout le monde est d'accord sur les conséquences de l'engagement, la loi les déterminant de la manière la plus précise. La vraie conclusion est que l'on se trouve en présence d'un contrat engendrant les plus sérieux effets, se rapprochant de très près du mariage, ce qui est fort naturel, étant donné que les fiancés s'engagent au présent et non pour un avenir plus ou moins lointain. Ce n'est pas encore le mariage parfait, le « *verum matrimonium* » (2).

(1) Notons, au surplus, que le fiancé était parfaitement libre d'entrer en religion, lorsque bon lui semblait, jusqu'à la *commixtio sexuum*, liv. 3, tit. 32, cap. 2.

(2) L'expression se trouve dans les canons, liv. 4, tit. 1, cap. 32.

L'efficacité pleine et entière de ce dernier ne sera atteinte que par la « *commixtio sexuum* » (1), et à partir du Concile de Trente, par la célébration en présence du prêtre et de deux témoins (2).

Le mariage conditionnel a été également l'objet de nombreuses discussions. Était-il un contrat de fiançailles auquel cas on le rapprochait naturellement des *sponsalia per verba de futuro* ; constituait-il, au contraire, un mariage véritable, ce qui aurait permis aux contractants, *pendente conditione*, de s'engager en toute liberté dans de nouveaux liens, mais à l'arrivée de l'événement, cette dernière union aurait été anéantie ? Il était peu pratique d'admettre cette deuxième thèse : aussi eut-on tendance à voir dans ce mariage, des fiançailles par parole de futur.

M. Esmein fait remarquer que l'assimilation ne fut jamais complète, car, tandis qu'après les *sponsalia per verba de futuro*, un nouveau consentement des fiancés devait intervenir pour que le mariage se formât, il suffisait ici de l'arrivée utile de la condi-

(1) En somme, la formule du décret de Gratien demeure vraie, au fond, jusqu'au Concile de Trente. Jusqu'alors, on exprima la vérité en disant « *matrimonium sponsali conventionione initiatur, commixtione perficitur* ». Des conséquences plus importantes que n'en attachait Gratien, furent attribuées aux *verba de præsenti*, mais le mariage ne parvenait à sa pleine efficacité que par la *copula carnalis*.

(2) Nous disons : la présence du prêtre et non point la bénédiction, car, conformément à la tradition de l'église, le Concile n'a pas regardé cette bénédiction comme essentielle à la validité du mariage, les contractants et non le prêtre sont les ministres du sacrement.

tion pour que le mariage existât immédiatement sans qu'il y eut besoin d'un nouvel accord (1).

Cette observation demande à être précisée. Rappelons tout d'abord qu'il n'était pas nécessaire pour parfaire le mariage que les *verba de futuro* aient été suivies de *verba de præsenti*. Sitôt qu'elles avaient été prononcées, les futurs pouvaient procéder à la « *copula carnalis* » et l'union conjugale se trouvait pleinement accomplie. Point n'était besoin, par conséquent, d'une seconde manifestation du consentement, pas plus dans ce cas que dans l'hypothèse du mariage conditionnel. Toute la portée qu'il convient d'attribuer à la remarque de M. Esmein se réduit à ceci : l'avènement de la condition donnait au mariage conditionnel la valeur des *verba de præsenti* ; il fallait, au contraire, ceci va de soi, un nouvel engagement pour assurer ces mêmes effets aux *verba de futuro*.

SECTION IV. — *Effets des Fiançailles.*

Les conséquences engendrées par le contrat de fiançailles ne sont pas uniformes : elles dépendront du procédé auquel on aura eu recours pour aboutir à l'accord de volontés préparatoire à l'union conjugale. Il est souvent difficile de discerner les effets spéciaux à chacun des deux premiers modes, savoir

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 174.

aux *verba de futuro jurata* et à celles qui n'ont pas été accompagnées d'un serment, car le rôle du serment a beaucoup varié. Pour nous en tenir aux décrétales de Grégoire IX, nous pouvons affirmer certaines conséquences communes : 1° Les *sponsalia per verba de futuro* constituaient un empêchement pour un fiancé de s'unir aux parents de l'autre, et l'empêchement dans les deux variétés de *verba* était dirimant (1) ; 2° elles rendaient plus grave le rapt de séduction : divers textes contenus dans le décret de Gratien et qui n'ont pas été abrogés par les décrétales de Grégoire IX, frappent d'une pénitence publique, le ravisseur ils empêchent son union avec la jeune fille et punissent cette dernière de l'excommunication, si elle ne veut pas se résoudre à abandonner son amant (2). Les parents eux-mêmes, après avoir fiancé leur fille à un homme, ne peuvent la donner en mariage à un autre.

Toutes ces conséquences sont rattachées par Yves de Chartres aux *sponsalia jurata*, mais le décret de Gratien ne distingue pas (3).

La grosse controverse s'est élevée sur la question de savoir jusqu'à quel point les *verba de futuro* obligeaient à contracter mariage. C'est là-dessus que certains canonistes ont fait ressortir la distinction entre les *sponsalia jurata* et *non jurata*. Hostiensis, notam-

(1) Liv. 4, tit. 1, cap. 8.

(2) C. 27, quæstio 2, c. 46 et 47.

(3) Epist. 161, p. 277.

ment (1), enseigne que, lorsque les fiancés ont fortifié leur contrat par un serment, ils ne peuvent refuser de l'exécuter, sous menace d'une contrainte directe. Cette opinion n'a pas fait fortune : le canon 2 du titre *De sponsalibus et matrimoniis* (2) est formel, il ne distingue pas entre fiançailles jurées et non jurées. Cependant les canons qui suivent semblent incliner vers la théorie d'Hostiensis, car nous lisons que celui qui a juré de s'unir en mariage avec quelqu'un, est obligé de l'épouser « *per censuram ecclesiasticam* » (3), mais cette rigueur est corrigée par la disposition du canon 17 (4), qui recommande une certaine clémence au juge, déclarant qu'en ces matières, un avertissement, une simple menace est préférable au châtiment. Le juge jouissait donc d'une grosse latitude pour examiner les faits et circonstances de la cause, et ramener à exécution le contrat de fiançailles (5). « C'eût été un mariage voué à un

(1) Hostiensis, *Summa : De sponsalibus*, p. 342. Johannes Andréa était du même avis. *Summa : De sponsalibus*, p. 2.

(2) Liv. 4, tit. 1, cap. 2.

(3) Liv. 4, tit. 1, cap. 10.

(4) Liv. 4, tit. 1, cap 17 « *Qui juravit cum aliqua contrahere, moneri potius debet quam compelli ut contrahat* ».

(5) Il faut bien s'entendre sur la portée des canons : « *Illo remittente*, dit Panormit en parlant du fiancé permettant à l'autre de revenir sur son serment, *Deus etiam remittit*. » (Panormit, sur cap. 2, liv. 4, tit. 1). Effectivement le canon ne s'occupe que des cas de rupture à la suite d'une volonté réciproque, bilatérale de rompre. Et telle était la puissance du lien des fiançailles que le canon hésite, même pour les fiançailles non jurées, à admettre la possibilité d'une rupture : « *hoc possit in patientia tolerari* », dit-il, exprimant bien que c'est par faveur, par tolérance qu'on accordera la permission aux parties con-

triste avenir, dit M. Esmein (1), que celui contracté contrairement à la volonté vraie des parties. » (2)

Les effets des *verba de præsenti* ont beaucoup varié. Gratien qui, nous l'avons vu, voyait dans ces *verba* de vraies fiançailles, les distançait du mariage quant à leurs conséquences : elles n'empêchaient point l'entrée dans les ordres sacrés (3), n'entraînaient pas une incapacité de se marier contre celui qui avait eu des relations avec la sœur de la *sponsa* (4) ; la séparation des deux futurs conjoints n'était pas un *divortium* (5) ; l'impuissance les dissolvait (6), etc., etc. Lombard, au contraire, les distingue avec soin des *sponsalia per verba de futuro*, et leur reconnaît les effets du mariage lui-même (7). Nous avons dit que sa doctrine n'a jamais été admise et que l'on a toujours reconnu certaines différences entre le *matrimo-*

tractantes, de ne pas exécuter leurs engagements. Ne va-t-il pas en résulter que l'un des intéressés ne sera pas autorisé à se retirer malgré l'autre ? Cela pourrait être soutenu, si le canon 17, prévoyant l'hypothèse d'un refus de la part de la fiancée, ne venait apporter les mêmes solutions qu'au cas visé par le canon 2.

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 164.

(2) M. Brissaud ne reconnaît pas la distinction entre fiançailles jurées et non jurées « l'obligation de s'épouser, dit-il, qui résultait des fiançailles était ramenée à exécution par la voie de la censure ecclésiastique ». Son opinion se heurte aux textes précités, canons 2 et 17 du liv. 4, tit. 1. Elle reflète bien plutôt l'état de la pratique que la pure législation canonique. Voir à ce sujet Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 1, tit. 8, Des mariages. L'opinion de M. Brissaud est exprimée dans son *Cours d'histoire générale du droit français*, t. 2, p. 1019.

(3) Dictum, sur c. 28.

(4) Dictum, sur c. 32.

(5) Dictum, sur c. 29.

(6) Dictum, sur c. 28 et 29.

(7) *Sententiæ*, liv. 4, D. 27, C, D, E, F, G.

nium non consummatum et le « *verum matrimonium* », c'est-à-dire le mariage consommé. Ce n'est qu'à partir de la « *copula carnalis* » que l'un des fiancés ne pouvait entrer en religion, et que la femme, dont le conjoint venait à mourir, restait veuve ; en outre, jusqu'alors, le pape avait le droit de dissoudre le mariage : l'union charnelle mettait fin à ce pouvoir (1).

Le Concile de Trente supprima toutes ces différences en attribuant à la présence du prêtre et de deux témoins, l'efficacité attachée autrefois à la consommation. Désormais, les *verba de presenti* contractées clandestinement, c'est-à-dire en dehors du prêtre et des témoins, n'ont point de valeur ou plutôt valent comme simples promesses de mariage, comme *sponsalia per verba de futuro* ; contractées conformément aux modes de publicité requis par la loi : publication des bans, assistance du prêtre et des témoins, elles ne sont autres que l'union matrimoniale elle-même avec la plénitude de ses conséquences (2).

Quant aux effets du mariage conditionnel, ils furent assimilés, pour éviter l'inconvénient signalé plus haut, à ceux des *sponsalia per verba de futuro*. « *Matrimonium conditionale habet vim sponsalium de futuro* », dit Panormit (3). L'arrivée de la condition leur attribuait les conséquences des *verba de præ-*

(1) Voir textes précités.

(2) *Sessio 24, decretum de reformatione matrimonii*, C. 1.

(3) Panormit, sur cap. 5, liv. 4, tit. 5.

senti, à moins que l'union charnelle ait eu lieu auparavant, auquel cas le mariage atteignait immédiatement sa perfection. Depuis les décisions du Concile de Trente, la célébration publique de l'union remplaça le fait de la consommation ; cette célébration put intervenir à une époque quelconque, les fiançailles ne précédant pas obligatoirement le mariage (1).

SECTION V. — *Motifs légitimes de rupture.*

Nous avons vu qu'une raison légitime de rompre le contrat de fiançailles résidait dans une intention réciproque des parties en ce sens. C'était appliquer ce principe de raison qu'un contrat qui se forme *solo consensu*, est susceptible de se dissoudre par un mutuel dissentiment. Les canons ne l'avaient cependant admis qu'après bien des hésitations : leurs tendances à rapprocher fiançailles et mariage les portaient à faire participer les premières du caractère sacramentel du second (2). Les difficultés furent surtout considérables en ce qui concerne les fiançailles jurées, mais on finit par donner à leur égard les mêmes solutions que vis-à-vis des promesses de mariage ordinaires, car, dit M. Esmein, « l'engagement du serment n'étant qu'accessoire à celui des promesses de ma-

(1) Voir texte précité.

(2) Les *sponsalia per verba de præsenti* ne pouvaient être dissoutes par le seul *mutuus dissensus* ; il fallut y joindre une autorisation papale.

riage que les parties se sont faites, celui qui résulte des promesses étant détruit par leur consentement mutuel, celui du serment l'est aussi de plein droit, suivant ce principe de droit : *quæ accessorium locum obtinent, extinguuntur quum principales res peremptæ sunt.* » (1)

Outre le *mutuus dissensus*, le droit canonique dut voir, dans certains événements, un fait justificatif de rupture. Nul ne peut, en effet, répondre de l'avenir, la situation respective des futurs conjoints a pu se modifier gravement depuis la conclusion du contrat, et devenir telle que si un des fiancés l'avait connue, il se serait éloigné du projet matrimonial. Pourquoi donc ne pas l'autoriser à se retirer, puisque le sacrement n'est pas encore venu imprimer à l'union le sceau de l'indissolubilité ?

On distingua, cependant, ce qui était fort logique, entre l'engagement contracté au présent et celui qui l'avait été au futur, attribuant beaucoup plus de vigueur au premier qu'au second.

Les *sponsalia per verba de præsentì* n'admirent qu'un seul motif d'inexécution : l'entrée en religion d'un époux (2). L'engagement dans les liens d'un autre mariage était impuissant à amener ce résultat, lors même que ce mariage aurait été consommé (3).

(1) Esmein, Le serment promissoire en droit canonique, *Nouvelle Revue historique*, t. XII, p. 318 et suiv.

(2) Liv. 3, tit. 32, cap. 2 et 14.

(3) Liv. 4, tit. 1, cap. 30.

En revanche, les canons permirent, dans bien des hypothèses, de se rétracter, lorsque les *verba* avaient été prononcées *de futuro*. Telles furent : 1° une faute grave d'un des fiancés, crime d'hérésie (*fornicatio spiritualis* (1)), mauvaise conduite, relations sexuelles avec un autre que le promis (*fornicatio carnalis*) (2). Le mariage avec un tiers était également une cause de rupture, mais qui n'allait pas, de même que les précédents motifs, sans rendre le coupable passible d'un châtement (3). L'enlèvement de la fiancée justifiait une rupture : le fiancé devenait libre de reprendre sa promise, lors même que celle-ci n'aurait pas consenti à se laisser enlever (4).

2° L'entrée en religion de l'un des futurs conjoints, car l'Eglise a toujours proclamé la supériorité de l'état de chasteté sur celui de mariage (5).

3° L'absence d'un fiancé, son éloignement, son émigration dans un pays lointain (6).

4° L'expiration du délai fixé pour la célébration du mariage (7), ou, si aucun délai n'a été déterminé,

(1) Nous laissons de côté le cas de fiançailles contractées en bas âge par les parents ou les enfants eux-mêmes et qui pouvaient être impunément rompues, à l'arrivée à la puberté.

(2) C. 38, quæstio 1, c. 6 et 8.

(3) Liv. 2, tit. 27, cap. 25.

(4) Liv. 4, tit. 1, cap. 31.

(5) C. 27, quæstio 2, c. 46.

(6) Liv. 3, tit. 32, cap. 14 : ce canon ne parle que des *sponsalia de præsentî*, mais ces solutions s'appliquent à fortiori, aux *sponsalia de futuro*.

(7) Liv. 4, tit. 1, cap. 5.

l'écoulement d'un laps de temps assez considérable pour conclure à une rupture tacite.

5° Une maladie incurable survenue depuis le contrat, telle que la lèpre (1), ou la folie, ou une infirmité sérieuse : cécité, paralysie, perte du nez (2).

6° Un changement de fortune, diminution ou accroissement. C'est du moins ce qu'admettait l'auteur des conférences de Paris (3) ; Pothier s'élevait hardiment contre une opinion aussi odieuse (4).

7° *L'affinatas superveniens* (5), c'est-à-dire la survenance d'un empêchement dirimant au mariage projeté, ce qui paraît résulter, par exemple, du commerce illicite entre un fiancé et un parent de l'autre (6 et 7).

SECTION VI. — *Preuve des Fiançailles.*

La matière des preuves de fiançailles a été négligée par le législateur du droit canon. Cela tient à deux motifs : on ne songeait pas à cette époque, à

(1) Liv. 4, tit. 8, cap. 3.

(2) Liv. 4, tit. 1, cap. 24.

(3) Liv. 2, tit. 24, cap. 25.

(4) T. 1, liv. 3, p. 19.

(5) Pothier, *C. de mar.*, p. 39, n° 61.

(6) Liv. 4, tit. 13, cap. 8.

(7) Nulle distinction ne doit être faite, en ce qui concerne ces divers motifs de rupture, entre les fiançailles jurées et non jurées. Le mariage conditionnel y est également soumis.

Consulter sur les justes motifs de dissolution des fiançailles les « *institutiones juris privati ecclesiastici, libri III* », du cardinal Johannis Soglia, 2^e éd., p. 314 à 376.

organiser un système de preuves préconstituées, tel qu'on le rencontre dans les Codes modernes. La preuve testimoniale était pleinement admise ; elle l'emportait même sur la preuve par écrit, ce que l'on exprimait dans le brocard : « témoins passent lettres. » Il eût été, en outre, inutile d'imposer l'obligation d'un écrit, à raison de la pratique qui s'était maintenue, de constater les conventions matrimoniales sur les « *libelli dotis* ».

On rencontre cependant certaines prescriptions relatives à la qualité des témoins et aux conditions qu'un témoignage doit satisfaire pour permettre au juge d'y ajouter foi. Le canon 3 du titre 18, livre 4, dispose qu'en matière matrimoniale, les parents des parties peuvent être admis à témoigner ; ce texte est évidemment applicable aux fiançailles. Bien plus, on n'exigea pas qu'ils eussent entendu l'échange des paroles. Il suffit qu'ils eussent assisté à la cérémonie (1).

Des difficultés se sont présentées au sujet de la force probante que l'on devait reconnaître au port de l'anneau. L'usage de la remise de l'anneau est fort ancien, il se pratiquait à Rome et dans le très ancien droit français (2) ; il était général pendant le Moyen-âge ; on se demandait donc si le port de cet anneau

(1) Hostiensis en donne comme raison le tapage des assistants qui ne permet pas d'entendre la prononciation des paroles prononcées presque à voix basse par la jeune fille « *cultu verecundiæ ducta* ».

(2) Voir Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 13 et 15.

ne ferait pas présumer de plein droit l'existence d'une promesse de mariage. Grosses controverses. Les uns n'admettaient cette présomption que si l'anneau avait été remis par le prêtre (1) ; d'autres la rejetaient dans les régions où toute femme, même non fiancée, pouvait porter des anneaux (2) ; d'autres voulaient s'en tenir à l'usage des lieux (3). On n'arriva pas à une entente finale, si ce n'est sur le point suivant : la remise de l'anneau prouvée par témoins établissait les *sponsalia per verba de futuro*, même si l'anneau n'avait pas été remis par le prêtre.

Tel est encore aujourd'hui l'état de la législation canonique. Mais il n'en sera plus de même dans un avenir prochain. Un décret de la sacrée congrégation du Concile (4), approuvée par le pape Pie X, et qui doit entrer en application à partir de Pâques 1908, se montre exigeant, en matière de preuves des fiançailles ; il ne considère comme valables et ne produisant leurs effets canoniques, que les promesses de mariage « contractées par un écrit signé des parties, et, en outre, soit du curé, soit de l'Ordinaire du lieu, soit au moins de deux témoins ».

(1) Glose, sur C. 30, quæstio 5, c. 7.

(2) Panormit, sur cap. 11, liv. 2, tit. 23, n° 13.

(3) Glose précitée, sur C. 30, quæstio 5, c. 7, voir aussi Panormit, sur liv. 2, tit. 23, cap. 9.

(4) Décret « *ne temere* », rendu le 2 août 1907. Voir le commentaire par l'abbé Bondinhon, professeur à l'Institut catholique de Paris, p. 35 à 38.

Il ne nous apparaît pas que ces dispositions nouvelles soient inspirées par un esprit hostile à l'institution des fiançailles, par le désir d'opposer certains obstacles à leur accomplissement, en vue de détourner les fidèles de cette pratique. Tout au contraire, elles sont de nature à l'encourager, à la favoriser en l'asseyant sur des bases solides. On a voulu, ainsi que l'indiquent, d'ailleurs, les termes du décret, couper court aux difficultés auxquelles donnent naissance l'existence de situations établies à la légère, et n'attribuer efficacité qu'à des fiançailles sérieuses, offrant toutes garanties de libre consentement. Cela ressort jusqu'à l'évidence du passage suivant : « L'expérience a montré les dangers qu'entraînent de telles fiançailles (faites en forme privée) : d'abord, elles sont une incitation au péché, et la cause pour laquelle des jeunes filles inexpérimentées sont trompées ; ensuite, elles sont la source de procès et de différends inextricables. »

CHAPITRE II

LES FIANÇAILLES D'APRÈS LA LÉGISLATION CIVILE

Cette étude est rendue difficile par la rareté et une certaine imprécision des textes. L'intrusion des lois ecclésiastiques dans le domaine laïque, le caractère anarchique d'une grande partie de la période que nous allons traverser entravaient la marche et le développement de la législation civile proprement dite, ils rendaient inutile sa condensation dans des recueils et décourageaient le travail doctrinaire. Pothier est le premier à nous fournir un exposé complet des fiançailles. Malheureusement, il nous amène assez près des temps modernes, ses traités datent de la veille du bouleversement révolutionnaire, ils ne nous renseignent donc pas d'une manière satisfaisante sur le passé.

SECTION PREMIÈRE. — *Consentement aux Fiançailles.*

Les idées libérales et individualistes de l'Eglise inspirèrent le législateur civil et pénétrèrent les coutumes. Le résultat de ces tendances fut un affaiblissement

sement notable de la puissance paternelle et tutélaire. Bouteiller a bien résumé cet état de la législation et des mœurs : « Le mariage, dit-il, est à proprement parler un lien qui se forme par le consentement de l'homme et de la femme ; si donc il advenait que la femme contracte mariage par force ou par contrainte, puis qu'elle se mariât à un autre librement, ce dernier mariage vaudrait, le premier serait nul. » (1)

Les réformes à opérer n'étaient pas considérables en ce qui concerne les fils de famille ; ils restèrent libres de se fiancer à leur gré. Quant aux filles, leur consentement fut désormais obligatoire : divers capitulaires attestent ce progrès (2) ; les établissements de saint Louis révèlent la coutume d'Anjou, qui était également en ce sens (3) ; Beaumanoir décide que l'adhésion des enfants est requise à peine de nullité : « *Se li aucun font convenence de mariage entre lor enfants qui sunt sous aage et font les enfants entreplevir, quant li enfants viennent aagié, ils poent aler arrière des plevines (fiançailles) s'il lor plect et sont les convenences de nule valor parce que cil sans qui le convenence ne se poent fere, estoient sous aagié.* » (4)

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 1, tit. 8, p. 725.

(2) Voir, par ex., le cap. 7, de Clotaire II. Baluze, *Collection des capitulaires des rois francs*, p. 8.

(3) Et. de St-Louis, t. II, p. 242 à 244, éd. Viollet.

(4) Beaumanoir, *Coutume de Beauvaisis*, t. II, p. 36, n° 62, éd. Beugnot. Pothier exprimera cette situation en un langage très énergique : « la convention par laquelle les parens du garçon et de la fille conviennent de les marier ensemble sans que le consentement du garçon

Ce passage nous fournit bien des renseignements ; il indique combien on était soucieux de protéger la liberté individuelle contre ses propres égarements. Que d'abus à redouter, en effet, pendant le jeune âge ! Les fiançailles contractées entre enfants par les enfants eux-mêmes sont-elles vraiment le fruit de leur volonté propre et réfléchie ? Aussi bien pourront-ils n'en tenir aucun compte. En fait, les fiançailles étaient l'œuvre de la famille : ainsi le jeune Henri, dit Court Mantel, fils aîné d'Henri II, roi d'Angleterre, fut fiancé dès l'âge de sept à huit ans, avec Marguerite, fille de Louis le Hutin et de Constance, sa seconde femme. La fiancée avait à peine six ans. Quelques années plus tard, Alix, âgée de deux ou trois ans, était promise par le roi de France à Richard, le second prince anglais, alors dans sa douzième année (1). L'histoire abonde en faits de ce genre. Ces sorte de fiançailles avaient pour but de cimenter l'alliance entre deux familles ou d'assurer la paix entre deux nations, ce qui est le cas des deux exemples précédents. Elles demeuraient soumises à la ratification postérieure des intéressés. Isambert cite le mariage de François d'Orléans, duc de Valois, et comte d'Angoulême, avec Claude de France, fille

et de la fille intervienne au moins tacitement, n'est pas de véritables fiançailles ; cette convention n'oblige pas le garçon et la fille qui n'ont point consenti et ne forme pas l'empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles ». Pothier, *Traité du contrat de mariage* 2^e partie, chap. 1^{er}, art. 3.

(1) Anquetil, *Histoire de France*, t. I, p. 264-265.

de Louis XII et d'Anne de Bretagne ; le roi et la reine avaient fiancé leur enfant en bas âge, et avaient promis son adhésion ultérieure.

Cette coutume des parents de fiancer leurs enfants de très bonne heure était connue des simples particuliers, mais lorsqu'ils disposaient ainsi du sort de leur descendance, ils ne se contentaient pas d'une promesse de ratification par les enfants, purement platonique ; il intervenait entre eux, en garantie de cette promesse, un échange d'arrhes (1). Un passage des établissements de saint Louis nous met en présence de deux voisins, dont l'un a un fils impubère et l'autre une fille également impubère, et qui fiancent leurs enfants moyennant un certain chiffre d'arrhes qu'ils déterminent dans la convention (2). Nous retrouvons donc ici l'institution des arrhes dont nous avons suivi l'évolution pendant toute la période romaine et qui sert maintenant à sanctionner, en quelque sorte, une obligation de portefort. Aussi devait-elle être d'un usage fréquent : les familles fiançaient leurs enfants en bas âge et comme la convention n'était définitive que lorsque ceux-ci, devenus pubères, y apposaient leur consentement, on convenait d'une somme que payait celui des deux pères qui n'avait pas obtenu la ratification de l'intéressé.

Exigeait-on l'adhésion de la famille ?

Les lois barbares rendaient obligatoires, pour la

(1) Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XI, p. 453.

(2) Et. de St-Louis, liv. 1, chap. 128.

filles, le consentement du *mondoaldus* (1) ; un capitulaire dispose encore qu'un mariage n'est légitime qu'à la condition d'avoir été contracté par ceux « *qui super fæminam dominationem habere videntur* » (2) Les textes postérieurs, au contraire, insistent beaucoup sur la manifestation de volonté de la part de la jeune fille ; ils ne disent rien de la nécessité d'une intervention familiale. Qu'en conclure, sinon que cette dernière devient facultative ? Cela n'a rien de surprenant, étant données les tendances du droit civil à suivre de plus en plus directement les impulsions de la législation canonique.

Il faut arriver à l'édit de Henri II, rendu en 1556 (3), pour voir s'opérer une certaine réaction contre un état de choses excessif et restituer à l'autorité paternelle une part de ses anciennes prérogatives. Cet édit est fort important, car il marque le point de séparation des lois civile et canonique ; après avoir constaté les abus nombreux qu'engendre l'exercice de la pleine liberté dont jouissent les enfants, il ordonne que « les enfans de famille ayans contracté mariage et qui contracteront cy-après mariages clandestins contre le gré, vouloir et consentement de leurs père et mère, seront illicitement con-

(1) Voir *Lex Alamanorum*, tit. 54, loi 1 et les autres textes cités à cet effet.

(2) Collection de capitulaires par Benedictus Levita, liv. 7, cap. 463 ; consulter aussi Baluze, *op. cit.*, p. 71, cap. 54 du roi Dagobert.

(3) Edit contre les mariages clandestins, Recueil d'Isambert, t. XIII, p. 469.

joint par mariage » (1). L'édit n'est applicable cependant qu'aux mariages qui ne sont pas encore contractés lors de sa publication et aux enfants ayant moins de 30 ou 25 ans, suivant qu'ils appartiennent au sexe mâle ou féminin. Passé cet âge, ils doivent requérir l'avis et conseil des père et mère (2).

L'édit de Blois de 1579 (3) rappelle les dispositions du précédent, et organise une publicité des promesses de mariage. Il punit les contrevenants de la peine du rapt. Les ordonnances de janvier 1629 et novembre 1639 confirment ces diverses prescriptions (4).

(1) Ces dispositions dénotaient d'autant plus d'indépendance du pouvoir public vis-à-vis des prescriptions de l'Eglise, que le concile de Trente lançait l'anathème contre ceux qui soutiendraient la nullité d'un mariage contracté sans l'autorisation des parents. Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de la scission entre les lois civiles et canoniques. La question de la nullité des mariages en question avait été vivement agitée au sein de l'Assemblée. Une proposition faite en ce sens avait été repoussée, mais il demeura établi que celui qui contracterait une union à l'insu de sa famille, commettrait un péché grave.

(2) Ces exigences sont requises pour le mariage, mais elles atteignent par là même les fiançailles dont l'effet utile ne saurait désormais se produire sans autorisation familiale jusqu'à l'âge déterminé par la loi. Pothier le déclare en ces termes : « outre le consentement des personnes qui contractent ensemble les fiançailles, il faut, en outre, pour leur validité, celui des personnes dont le consentement est requis pour le mariage. » Pothier, *Contrat de mariage*, 2^{me} partie, chap. 1, art. 2.

(3) Edit de Blois, art. 40. *Recueil des édits et ord.*, par Isambert, t. XIV, p. 392.

(4) Cette dernière ordonnance laisse clairement entendre que les prescriptions des édits et ordonnances antérieurs n'étaient guère respectés : « quelqu'ordre, dit-elle, qu'on ait pu apporté jusqu'à maintenant pour rétablir l'honnêteté publique, la licence du siècle, la dépravation des mœurs ont toujours prévalu sur nos ordonnances si saintes et si salutaires. » *Recueil des Ord.*, par Isambert, t. XIV, p. 524.

Diverses questions se posent que les décisions royales ne résolvent point. Qu'advenait-il lorsque les père et mère ou l'un d'eux ne pouvaient donner leur consentement ? L'édit de Blois et les ordonnances précitées se contentent d'une simple énumération : elles citent les père, mère, tuteur, curateur. Il va sans dire que l'adhésion des deux derniers n'était requise qu'à défaut de père et mère (1), mais que décidait-on au cas de désaccord entre ceux-ci ? Le consentement de l'un suffisait-il ou bien accordait-on au père une voix prépondérante ?

Les dispositions du droit romain suppléaient au silence du législateur : la volonté du père était seule prise en considération, dans le cas de dissentiment ; le père mort, la mère était appelée à fournir son approbation, à moins qu'elle eût convolé en secondes noces (2 et 3). Mais, contrairement à ce qui se passait à Rome, le magistrat n'avait pas le droit de suppléer à un refus d'autorisation : c'est, du moins, l'avis de Pothier : « On doit présumer, dit-il, de la piété paternelle, que si le père ou la mère refusent leur consentement, c'est qu'ils ont pour cela de bonnes raisons qu'ils ne jugent pas à propos de

(1) Le défaut de consentement des tuteurs ou curateurs ne rendaient le mariage nul que s'il était « désavantageux au mineur par une inégalité de condition ou de biens. » Pothier. *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 230, n° 356 2°.

(2) Boutaric, *Institutes*, 1, 10.

(3) Notre Code civil n'a reproduit que la première disposition (art. 148).

dire. » (1) Il cite cependant un arrêt du 17 juillet 1722, par lequel un mineur a été autorisé, sur avis des parents, à contracter un mariage « magnifiquement avantageux », malgré le refus de la mère (2). Mais il ajoute que cela pourrait souffrir plus de difficultés à l'égard du père (3).

Pothier envisage ensuite de nombreuses hypothèses : celle où un mineur est en puissance tutélaire, bien qu'ayant encore son père et sa mère ; c'est à ces derniers qu'il appartient de consentir, car le tuteur est créé pour administrer les biens (4) ; celui où le père et la mère ont perdu leur état civil, soit par profession religieuse, soit à la suite d'une condamnation (5) ; il suffit que lors du mariage, le père ne jouisse pas de son état civil, pour qu'on puisse se passer de son adhésion (6). Il rappelle, en outre, la

(1) Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 228, n° 332.

(2) Pothier, mêmes page et numéro. On retrouve ici des vestiges des Constitutions romaines du Bas-Empire et de plusieurs lois barbares qui plaçaient le père au-dessus de tous, lui donnaient le pouvoir de consentir seul. Or, nous venons de voir qu'au cas de dissentiment, c'est la volonté du père qui l'emporte. Quant à la mère, elle n'agissait qu'aidée du conseil des proches : nous voyons ici le Parlement se prononcer contre elle et en faveur de l'« avis des parents ». Il a néanmoins fallu pour qu'il décide de la sorte, que l'union projetée soit d'une façon manifeste « magnifiquement » avantageuse pour la jeune fille.

(3) Il rapporte cependant un arrêt du 7 septembre 1684, puisé au 4^{me} tome du *Journal des Audiences*, qui a permis à un jeune homme âgé de 27 ans de contracter un mariage agréé de sa mère et de ses proches, contre la volonté du père. Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 228, n° 332 *in fine*.

(4) Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 229, n° 335.

(5) Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 226, n° 331.

(6) Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 227, n° 331.

disposition de l'ordonnance de Blois, d'après laquelle le tuteur ne doit donner son consentement qu'après avis des plus proches parents, tant paternels que maternels (1). Quant au curateur, il faut, pour qu'il soit assimilé au tuteur, qu'il ait le mineur en sa puissance (2). Un simple « curateur aux causes », nommé à un mineur émancipé, ne saurait intervenir dans les questions matrimoniales intéressant la personne de l'incapable.

Tel était l'état de la législation à la veille de la Révolution. Il se caractérise par un retour notable aux traditions du passé, que le droit canonique avait rompues pendant quelques siècles. Ces traditions ne revivent cependant pas sans avoir subi de graves altérations : fils et filles sont placés sur un pied d'égalité ; la situation de ces dernières est même plus avantageuse, puisque la majorité matrimoniale leur est concédée plus tôt qu'aux fils. La minorité seule justifie la nécessité de l'intervention familiale ; les mesures de protection sont édictées en vue de l'intérêt exclusif des enfants. Toutefois, par déférence vis-à-vis de l'autorité domestique, ceux-ci doivent à tout âge informer la famille de leur projet d'union.

Le tableau que je viens de présenter est loin de donner une idée vraie des mœurs. En réalité, et ce

(1) Pothier, *C. de mar.*, 4^{me} partie, p. 230, n° 336-2° : c'est le mineur qui, devant un refus du tuteur, peut faire assembler devant le juge les plus proches parents, le juge statue souverainement. Ces souvenirs de la législation romaine ont été effacés par notre Code civil.

(2) Pothier, *C. de mar.*, 4^e partie, p. 229, n° 333.

phénomène est surtout notable pour les filles, jusqu'à la Révolution, les fiançailles furent bien plutôt l'affaire de la famille que le résultat du libre choix des intéressés. L'Ordonnance de Blois du 26 février 1510 nous apprend que bien des abus étaient signalés au roi : les tuteurs et curateurs fiançaient leurs pupilles au grand désavantage de ces derniers, moyennant de fortes sommes d'argent et les persuadaient sans peine de contracter mariage. Au XVIII^e siècle encore, le consentement de la jeune fille était presque étouffé par celui des parents. « Généralement, dit M. de Goncourt (1), le mariage de la jeune fille se faisait dès la sortie du couvent, avec un mari accepté d'avance et agréé par la famille. Car le mariage était avant tout une affaire de famille, un arrangement au gré des parents. Le choix était fait d'avance pour la jeune personne qui n'était pas consultée, qui apprenait seulement qu'on allait la marier par l'occupation où toute la maison était d'elle, par le mouvement des marchands, des tailleurs, etc. »

Les progrès du mouvement d'émancipation furent, au contraire, très sensibles vis-à-vis du pouvoir politique et social. Nous ne parlerons pas des serfs qui, on le sait, ne pouvaient se marier sans l'autorisation de leur seigneur! Tout ce que l'Eglise put

(1) De Goncourt, *La Femme au XVIII^e siècle*, p. 22. Ailleurs, il indique avec quelle précipitation on opérait ; le soir même du projet, on disait au notaire le projet du contrat et l'on « signait les articles ». Le dimanche d'après se publiaient les bans de mariage avec dispense des autres et l'on faisait la noce le lundi. De Goncourt, p. 24-25.

obtenir, dans sa lutte contre de tels abus d'autorité, ce fut d'empêcher les mariages forcés, de faire considérer comme un élément nécessaire à la validité de l'union, le consentement des parties (1). Elle arriva même plus loin, le jour où elle s'empara de la juridiction : elle valida le mariage contracté sans l'agrément du seigneur, mais le serf encourait une amende ou une confiscation générale (2).

Les personnes libres ne se trouvaient pas à l'abri des atteintes de l'autorité publique. Les princes du sang, les vassaux relevant immédiatement du roi, ne pouvaient se marier, sous les premiers monarques francs, sans le consentement de ces derniers. C'est là une prérogative à laquelle les rois se montrèrent fort attachés. En vain, les grands obtinrent de Clotaire II, en 614 (3), une *præceptio* dans laquelle il renonçait à ce privilège de la couronne ; elle ne fut guère appliquée, l'arbitraire royal continua à s'exercer librement.

Le despotisme des pouvoirs publics atteignit son maximum durant la période féodale. A cette époque, le roi ne possède plus qu'une autorité nominale ; l'ancien royaume franc est gouverné par une multitude de souverains, tout puissants sur l'étendue de leur petit domaine. Or, chacun sait combien l'autorité devient plus tyrannique lorsqu'elle est ainsi di-

(1) Sentences de Pierre Lombard, liv. 4, D, 26, B.

(2) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, p. 232.

(3) Baluze, *recueil*, t. I, cap. 7.

visée, émiettée, et que ses détenteurs n'obéissent pas à la voix d'un pouvoir central. C'est alors le régime du bon plaisir. Les seigneurs décidèrent que « lorsque la femme aurait un fief dont elle devrait le service de corps, elle en devrait le mariage au seigneur de qui elle le tenait » (1) ; elle ne pouvait donc se marier sans le « congé » de celui-ci, sous peine de perdre. Dès l'âge de douze ans, racontent les assises de Jérusalem, le seigneur peut la forcer à prendre baron. Il lui offre trois barons en présence de deux témoins ou d'un plus grand nombre ; la femme doit choisir. Si elle ne vient pas au jour fixé, elle perd son fief, à moins que le seigneur préfère la déférer à la cour féodale, qui souvent la condamnera à perdre son fief pendant l'an et jour, après quoi de nouvelles offres lui seront faites ; si elles sont refusées, une deuxième condamnation analogue interviendra, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la jeune vassale se décide à donner son consentement au mariage projeté (2).

Les établissements de saint Louis contiennent des dispositions tout aussi rigoureuses (3) : le suzerain a sur la fille de son « home lige », lorsque la mère est devenue veuve, le droit de faire choix d'un époux et de le lui imposer. Si la dame mariait sa fille sans le consentement du seigneur, elle était condamnée à

(1) Assises de Jérusalem, t. I, chap. 177.

(2) Assises de Jérusalem, t. I, chap. 277.

(3) Et. de St-Louis, t. II, éd. Viollet, liv. 1, chap. 67.

perdre tous ses meubles : lits, robes, instruments de travail, etc. Il paraît résulter de ce passage que la présence du père suffisait à écarter l'intervention seigneuriale. Laurière remarque qu'il n'en était pas ainsi : c'est un usage universellement reconnu, dit-il, qu'une fille héritière apparente d'un fief ne peut se marier sans le consentement du seigneur, à peine pour le père, de perdre son fief (1).

Cette obligation de requérir le consentement du seigneur n'était pas particulière aux femmes ; elle s'imposait aux individus du sexe mâle, puisque les mêmes établissements de saint Louis rapportent que Philippe-Auguste obligea la comtesse de Champagne, Blanche, à lui donner des « plegès » pour qu'elle ne mariât pas son fils sans son consentement (2).

La puissance ecclésiastique lutta sans succès contre ces prétentions. Plus heureuse, la Royauté devait aboutir. Déjà, lors du fameux mouvement communal, bien des concessions furent arrachées aux seigneurs : c'est ainsi que la coutume de Mirande décidait que le seigneur ne pouvait se marier sans le consentement et le conseil de ses parents.

Les coutumes de Montpellier et de Carcassonne (3)

(1) Et. de St-Louis, commentaire de Laurière, sur liv. 1, chap. 67. Le commentaire se trouve aux pages 357-367, t. III, éd. Viollet.

(2) Même commentaire, p. 365. L'auteur du *Roman de Garin* fait voir dans les deux vers qui suivent et que cite Laurière, qu'un tel usage à l'égard des barons était général :

« Car Fromentin a vostre mueble sesi

« Quant sans congié a li cuens fame pris.

(3) Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. 1, p. 65. Cout. de Montpellier et Carcassonne, art. 84 et 85.

paraissent méconnaître toute autorité seigneuriale ; elles disposent que personne ne saurait forcer une veuve ou une femme quelconque « *ad nuptias contrahendas* », mais que cette veuve ne doit pas se marier sans la volonté de sa mère et de ses amis ; la jeune fille doit obtenir également « *consilium parentum, amicorum, vel cognatorum, vel gadiatorum* ». Ainsi donc, une femme est loin d'être indépendante dans le choix d'un futur époux ; elle est obligée de demander et de suivre le conseil de sa famille et de son entourage, amis et connaissances, mais la puissance publique, l'autorité seigneuriale ne peuvent peser sur sa détermination ; elles sont complètement mises à l'écart.

Des décisions analogues se retrouvent dans la coutume de Charroux (1), et dans bien d'autres. La monarchie fut de cœur avec les populations et usa de tout son pouvoir pour restreindre les droits des seigneurs féodaux. En 1215, une charte du roi Jean, que confirma Louis IX, obligea le seigneur à marier les héritières des fiefs suivant leur état et leur condition, et d'en informer les parents avant la célébration de l'union (2) ; elle limita, en outre, à un taux modéré, la taxe que le suzerain avait le droit de prélever sur le mariage de la fille aînée de ses vassaux (3). En 1232, l'empereur d'Allemagne con-

(1) Giraud, même ouvrage, t. IV, p. 402 ; cout. de Charroux, art. 11.

(2) Art. 7 de la Charte.

(3) Art. 20 de la Charte.

sentit, au profit des habitants de Francfort, une diminution considérable des privilèges seigneuriaux. L'Ordonnance de Blois les supprima entièrement (1).

La liberté des mariages n'en demeura pas moins méconnue, sinon en théorie, du moins en pratique. L'Ordonnance de Blois était trop dure à l'encontre des seigneurs, pour qu'ils s'y soumissent de plein gré ; ses dispositions furent, sans doute, violées très fréquemment, puisque des plaintes nombreuses furent formulées, à ce sujet, par les Etats-Généraux de 1614 (2). Mais les abus émanèrent surtout de la Royauté. La monarchie victorieuse hérita de la puissance féodale et entendit faire respecter son autorité. Cependant, à mesure que s'éloignait le régime féodal, les mœurs évoluaient dans le sens de l'affranchissement de plus en plus marqué vis-à-vis des pouvoirs publics. Les rois ne possédaient plus la puissance des chefs de tribus barbares, ils durent se contenter de faire connaître leurs intentions aux gens qu'ils voulaient marier.

Pothier voit néanmoins un empêchement dirimant dans l'absence de consentement du roi au mariage des princes : il cite l'exemple du mariage de Gaston, duc d'Orléans, avec Marguerite de Lorraine,

(1) Art. 281 de l'Ordonnance.

(2) Philippe d'Espagne, par Ordonnance de 1623, donna satisfaction à leurs vœux et doléances en prenant des mesures en Franche-Comté pour garantir contre les seigneurs la liberté des mariages. En France, on n'en tint aucun compte, on renvoya brutalement les Etats-Généraux.

qui fut annulé par arrêt de 1634, pour défaut d'autorisation royale (1). Les docteurs de la Sorbonne consultés se prononcèrent en sens contraire, mais ils décidèrent que le roi pouvait parfaitement, par une loi formelle, interdire à peine de nullité, les mariages sans son consentement. Cette loi, bien que conforme aux principes sur lesquels reposait la monarchie absolue, eût été impolitique, trop contraire aux progrès de l'émancipation individuelle. Seuls, les princes et princesses du sang, dit Pothier (2), ont besoin du consentement du monarque, pour contracter un mariage valable. C'était un bien faible vestige des pouvoirs des anciens rois francs, puisque cette nécessité de l'autorisation royale sur les personnes à qui elle s'adressait, peut se justifier par une espèce de droit de famille. « Il reste néanmoins dans les mœurs, dit M. Brissaud (3), quelque chose du vieux droit aboli. »

SECTION II. — *Empêchements aux Fiançailles.*

En matière d'empêchements à mariage, le droit civil se conforma fidèlement aux prescriptions canoniques. Pothier nous apprend qu'il en était ainsi de l' « *impedimentum publicæ honestatis* » (4) ; par

(1) Pothier, *Du c. de mar.*, 4^e partie, p. 235.

(2) Pothier, même tome, même page.

(3) Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1038.

(4) Pothier, *Du c. de mar.*, 3^e partie, p. 149, n^o 213.

conséquent, depuis le Concile de Trente, il ne s'étendait que jusqu'au premier degré en ligne collatérale et ne pouvait résulter que de fiançailles valablement contractées.

Pothier discute le point de savoir si cet empêchement provenait de la bénédiction nuptiale qui accompagnait les fiançailles ou du contrat de fiançailles lui-même, et il opte pour cette dernière opinion, car, dit-il, « la bénédiction n'est qu'un accessoire des fiançailles sans lequel le contrat de fiançailles ne laisse pas d'avoir toute sa perfection, puisque, avant que cette bénédiction soit intervenue, il donne une action à chacune des parties pour en poursuivre l'exécution, tant devant le juge d'église que devant le juge séculier » (1).

Il se demande également si les fiançailles conditionnelles produisent cet empêchement, et il répond par la négative (2), car ces fiançailles, dit-il, ne produisent, à l'exemple des conventions conditionnelles, aucun droit jusqu'à l'avènement de la condition (3).

Les coutumes nous entretiennent fort peu de la question de l'âge au-dessous duquel les fiançailles ne peuvent être consenties. Cela se comprend, lorsqu'on se rappelle les pouvoirs que les parents s'attribuaient sur la personne de leurs enfants. Les textes que nous possédons indiquent que l'âge de sept ans

(1) Pothier, *Du c. de mar.*, 3^e partie, p. 150, n^o 217.

(2) Pothier, *Du c. de mar.*, 3^e partie, p. 151, n^o 220.

(3) Pothier, *Du c. de mar.*, 2^e partie, p. 21, n^o 29.

s'introduisit dans le droit coutumier ; cela ressort du commentaire de Laurière sur le livre I^{er}, chapitre 128 des établissements de saint Louis. Laurière déclare que les arrhes apposées par les parents fiançant leurs enfants en bas âge, comme condition de la ratification de ces derniers, ne valent que si les fiançailles sont valables. Or, elles seraient nulles si les fiancés avaient moins de sept ans. Cet état de choses dura jusqu'à la Révolution.

SECTION III. — *Mode de formation des sponsalia.*

Le droit canonique a toujours considéré les fiançailles comme un contrat purement consensuel. Nous lisons, au contraire, dans un capitulaire de Charlemagne : « *Ut sponsus et sponsa cum precibus et orationibus a sacerdote benedicantur, et legibus sponsetur et dotetur, et a paranympis custodiatur et publice ac solemniatater accipiatur.* » (1)

Malgré leur forme impérative, les dispositions de ce capitulaire ne furent point rendues obligatoires ; jamais la bénédiction du prêtre ne fut exigée comme condition de validité du contrat de fiançailles. Bouteiller nous rapporte que c'est « honneste chose de les faire en l'église » (2), et Pothier déclare que « quelque ancien que soit l'usage de la bénédiction

(1) Cap. 74, *additio quarta*.

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 1, tit. 8, p. 727.

des fiançailles, elle n'est pas de l'essence du contrat qui ne laisse pas d'être valable quoiqu'elle ne soit pas intervenue : « *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia* » (1).

L'usage était très répandu d'aller au-devant du prêtre et de recevoir, solennellement, sa bénédiction. Michelet cite divers rituels applicables aux *sponsalia per verba de presenti* (2) : à Reims, par exemple, le prêtre qui devait bénir l'anneau recevait 13 deniers. Dix lui étaient acquis, les trois autres remis à la fiancée avec l'anneau. Celui-ci était placé par la main du prêtre, au quatrième doigt de la jeune fille, pendant que le fiancé devait prononcer ces paroles : « Je vous épouse » ; le prêtre le passait ensuite au doigt du milieu et à l'annulaire. Le fiancé ajoutait : « et de mon corps, je vous honore ». Enfin, les trois deniers étaient déposés dans la main droite ou dans la bourse de la future, avec ces mots : « et de mes biens, je vous donne ».

L'anneau jouait, on le voit, un rôle symbolique considérable, mais il n'était pas exclusivement usité : ainsi à Troyes (3), le fiancé remettait un objet quelconque à sa promise : anneau, gobelet, baguette d'argent, image de Notre-Dame, fruit, gâteau, pièce de monnaie (4).

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 22, n^o 30.

(2) Michelet, *Origines du droit français*, t. XXXVIII de ses œuvres complètes, p. 115.

(3) Consulter le reg. de l'officialité de Troyes.

(4) On frappa à cet usage des deniers spéciaux, « deniers pour épouser ». Léon Gauthier, *La Chevalerie*, p. 428.

L'Eglise s'efforçait ainsi de faire pénétrer dans les mœurs ce qui ne devait pas rentrer à ses yeux dans le domaine juridique. C'est cette préoccupation qui explique pourquoi les *sponsalia per verba de futuro* étaient si souvent accompagnées d'un serment, le serment étant un acte religieux. Hincmar de Reims constate que la *desponsatio* accompagnée de la bénédiction du prêtre est le mode normal et régulier (1), et Yves de Chartres raconte qu'un prêtre qui avait à dessein interverti les paroles de cette bénédiction, avait condamné les époux à la fornication (2).

Certaines cérémonies furent cependant rendues obligatoires par l'Ordonnance de Blois à l'effet de faire produire au contrat de fiançailles sa conséquence normale, savoir un mariage valable. L'article 40 exige « trois proclamations de bans faites par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent, en présence de quatre témoins, dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre ».

L'Ordonnance de novembre 1639 rappelle dans son article premier les prescriptions de l'Ordonnance de Blois et décide que « par interprétation de cette dernière, la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des père, mère, tuteur ou curateur, s'ils sont enfans de famille, ou en la puissance

(1) Hincmar, *De divorcio Lotharii et Tetbergæ*, interrogatio 4.

(2) Yves de Chartres, epist. 223, p. 222.

d'autrui. Et il doit être fait un bon et fidèle registre de la publication des bans ou des dispenses qui auront été accordées », dispenses qui étaient fréquentes, du moins chez les femmes de la noblesse ou de la bourgeoisie (1). Désormais, comme le dit Loysel, pour aboutir au mariage, « il faut que l'Eglise y passe » (2).

La dot était-elle exigée ? Constituait-elle un élément essentiel à la validité des fiançailles ?

Nous avons vu que les lois barbares faisaient rentrer dans les éléments constitutifs de l'engagement pré-nuptial, la remise par le jeune homme du « *pretium nuptiale* » entre les mains de la jeune fille ou de ses parents. Mais en plus du *pretium*, le fiancé faisait souvent une donation à sa promise ; cette donation, que l'on peut rapprocher des donations *ante nuptias* romaines, était dénommée *dos* (3), puis douaire. D'abord facultative, elle ne tarda pas à revêtir un caractère obligatoire et fut exigée par les capitulaires ; « *Ut legibus sponsetur et dotatur* », porte le capitulaire 79 (4). Les solennités qu'il re-

(1) « A l'église, dit de Goncourt, retentissaient « une ou deux fois » : il y a promesse de mariage entre Haut et Puissant Seigneur... et Haute et Puissante Demoiselle... fille mineure, etc. De Goncourt, *op. cit.*, p. 24.

(2) Loysel, liv. 1, tit. 2, maxime 108.

(3) Ce fut par analogie avec la terminologie romaine qu'on la dénomma ainsi, bien que, remarque M. Laboulaye, ce mot exprime une idée contraire, puisqu'à Rome, c'est la femme qui apportait la dot au mari. Laboulaye, *op. cit.*, p. 118.

(4) Capitulaire précité.

commandait n'étaient sans doute pas obligatoires, mais il devait en être autrement de la constitution dotale. Les termes mêmes « *ut legibus dotetur* » indiquent que la loi exigeait que la femme soit gratifiée d'une dot. Cette opinion se trouve d'ailleurs corroborée par un autre capitulaire, le capitulaire 133, dans lequel on lit « *nullum sine dote fiat conjugium* » (1 et 2).

Beaumanoir, cependant, attribue à Philippe-Auguste l'établissement d'un douaire légalement obligatoire : « devant l'établissement du roi Philippe, seule femme n'avait douaire, fors tel comme il était convenancié au marier » (3). Loysel répète que « jadis femme n'avoit douaire, fors le convenancié au mariage » (4). Ces affirmations sont, malgré tout, conciliables avec les dispositions des capitulaires précités. Vraisemblablement, le père ou le frère aîné devaient sans doute, des avant l'établissement du roi Philippe, fournir une certaine dot à la jeune fille,

(1) Cap. 133, liv. 6 du recueil de Baluze. Ainsi tandis qu'à Rome, l'*instrumentum dotale* n'était requis que pour les besoins de la preuve, ici la dot est nécessaire à la validité même de l'union.

(2) On discute la question de savoir à quelle époque la *dos* et le *pretium nuptiale* se sont confondus. M. Ginoulhiac croit que cette confusion a toujours existé ; la dot se distinguerait seulement du *morgengabe* jusqu'au jour où, sous l'influence du droit canonique, les éléments de chacune de ces deux institutions furent mêlés et confondus. On aurait emprunté à la dot le principe de sa nécessité, ainsi que son caractère de donation *ante nuptias*, et au *morgengabe*, sa nature de droit d'usufruit. (Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 189, 207, 210, 211.)

(3) Beaumanoir, *Cout. de Beauvaisis*, chap. 13, n° 12.

(4) Loysel, liv. 1, tit. 3, max. 136. Pierre de Fontaines était en ce sens, *Conseil à un ami*, chap. 21, n° 52.

mais ils pouvaient lui remettre des valeurs insignifiantes. Et de fait, Charandas corrigeant Bouteiller, fait remarquer qu'un « chapel de roses » constituait parfois toute la dot. Cela explique pourquoi cette dot devait être concédée « à la porte du moustier » (1).

Aussi, M. Laboulaye est-il convaincu que Beaumanoir se trompe en attribuant à Philippe-Auguste l'établissement du douaire légal ou « *dos legitima* » : elle existe, dit-il, dans certaines coutumes barbares telles que la loi Ripuaire, la loi des Alamans et celle des Saxons (2). Effectivement, ces lois s'occupent de la dot, mais la limitent à un certain taux. L'établissement de Philippe-Auguste a donc eu la portée que nous lui assignons ; il a modifié, élevé le montant de la constitution dotale, et lui a également donné un caractère légal, obligatoire dans les rares régions où elle ne l'avait pas encore.

La quotité fut fixée à la moitié des immeubles que possédait le mari le jour du mariage (3), mais elle subit bien des variations. Les deux principales coutumes, celles de Paris (4) et d'Orléans (5), s'en tinrent

(1) Beaumanoir et Loysel rapportent les paroles qui étaient prononcées par le fiancé devant la porte de l'église « et du douaire te donne, qui est devisé entre mes amis et les tiens ». Beaumanoir, chap. 13, n° 12, *in fine* ; Loysel, liv. 1, tit. 3, max. 136. Outre le conseil des amis communs, on mandait l'avis du curé. Guy-Coquille nous indique que l'église où devait se célébrer le mariage était celle « où se dit la Messe parrochiale » et le mariage devait être contracté « en grande, pleine et entière assemblée des chrétiens ». *Coutume de Nivernais*.

(2) Laboulaye, *op. cit.*, p. 119-120.

(3) Beaumanoir, chap. 13, n° 14.

(4) Cout. de Paris, art. 248.

(5) Cout. d'Orléans, art.

à la moitié ; la coutume de Tours donna le tiers à la femme noble, la moitié à la femme roturière (1) ; la plupart des coutumes se fixèrent au tiers (2).

Constituée pendant les fiançailles « *ad ostium ecclesiæ* », la « *dos legitima* » n'était acquise à la femme qu'au coucher. « On disait jadis, déclare Loy-
sel, au coucher gagne la femme son douaire » (3), la coutume de Chartres portait que la femme gagnait son douaire à mettre son pied dans le lit (4). M. Dupin (5) voit dans ces usages une influence du droit canonique, d'après lequel le mariage n'est parfait que par la consommation. L'ancienne coutume de Bretagne ajoutait, il est vrai, « orès que le seigneur n'eut jamais eù affaire avec elle » (6) ; de même la coutume précitée de Chartres déclarait suffisant que la femme ait mis le pied au lit, mais observe plaisamment Guy Coquille, « quand il se dit la femme avoir un pied au lit, il est malaisé que le reste ne s'en suive » (7).

Lorsque le droit canon eut fait triompher la béné-

(1) Cout. de Tours, art. 228 et 326.

(2) Telles les coutumes du Poitou, Maine, Anjou, Normandie, Bretagne.

(3) Loyse, liv. 1, tit. 3, maxime 140.

(4) Cout. de Chartres, art. 51.

(5) Dupin, *Commentaire sur les institutes coutumières d'Antoine Loyse*, t. I, p. 173 *in fine*, éd. Dupin et Edouard Laboulaye.

(6) Ancienne cout. de Bretagne, art. 331.

(7) On était plus symbolique en Espagne et cela de très bonne heure ; il suffisait pour rendre le douaire définitif que la femme ait embrassé le fiancé, de suite après la promesse faite. Voir Laboulaye, *op. cit.*, p. 131 et le texte cité par cet auteur.

diction nuptiale sur la *copula carnalis*, ce fut la bénédiction du prêtre qui rendit irrévocable la convention de douaire (1). On calcula celui-ci d'après les biens possédés par le mari le jour de la bénédiction.

Le douaire subsista jusqu'à la Révolution, mais il avait cessé de faire partie intégrante des fiançailles, du jour où il exista au profit de la femme en dehors de toute convention. Rarement, en pratique, on oubliait le contrat de mariage ; les formules de Rozières (2) nous en fournissent de nombreux exemples. M. de Goncourt indique qu'au XVIII^e siècle, c'était un point d'honneur chez les familles nobles que de promettre des dots considérables (3).

Pothier s'est longuement étendu sur les conventions de douaire ; il en a fait l'objet d'un traité spécial. Mais il nous parle aussi de l'usage d'accompagner les fiançailles de présents que le fiancé faisait à la fiancée ou qui, parfois, étaient réciproques. Il déclare que, contrairement au droit romain, qui permettait au fiancé de retenir la moitié des cadeaux de fiançailles, sitôt que la cérémonie de l'*òsculum* avait été accomplie, la jurisprudence française y attache la condition « *si nuptiæ sequantur* » : la raison en est, dit-il, dans l'importance moins grande

(1) Certaines coutumes résistèrent et voulurent maintenir les traditions. Pothier cite les coutumes de Normandie, de Bretagne, de Valois, de Ponthieu, de Cambray. Pothier, *Traité du douaire*, 1^{re} partie, p. 601, n^o 148.

(2) Formules précitées.

(3) De Goncourt, *op. cit.*, p. 22.

qu'un baiser au visage a pour les jeunes filles de son temps ; « les jeunes filles romaines n'admettaient aucun homme à les baiser au visage, pas même souvent leur fiancé, et en cela, elles étaient bien différentes des nôtres » (1).

SECTION IV. — *Effets de Fiançailles.*

L'Eglise fit passer de très bonne heure, sur ce point, ses prescriptions dans le domaine du droit civil. Un capitulaire de Charlemagne confirme une décrétale du pape Siricius, défendant à quelqu'un « *accipere sponsam alterius* » (2) ; un autre capitulaire (3) consacre une décision du Concile de Chalcédoine (4), décidant que la fiancée ravie doit être rendue à son premier prétendant. Ce dernier peut cependant la refuser, auquel cas, si la femme ne s'est pas volontairement laissée enlever, elle est capable de contracter mariage. Quant au ravisseur, il est condamné à une pénitence publique.

Un passage de Bouteiller nous édifie sur l'état de la pratique au XIV^e siècle : « Si l'homme et la femme promettent l'un à l'autre mariage par paroles à certain temps déclaré entre eux, ils sont mariez,

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, chap. 1^{er}, n° 45.

(2) Liv. 1 des capitulaires de Charlemagne, cap. 51.

(3) Liv. 1 des capitulaires de Charlemagne, cap. 105.

(4) Le Concile se tint en l'année 816.

et jamais ne peuvent aller contre, et doivent être contraincts par le Prélat à parfaire le mariage, ou ils sont excommuniez tous deux, ou celui à qui il tient par le chap. *ex parte Rubr. sup alleg.* (1). Beaumanoir déclare également que si dans la convention de fiançailles, les parties ont fixé un délai au bout duquel ils doivent s'épouser, on peut les contraindre directement au mariage (2). Si donc l'engagement pré-nuptial a été contracté pour une durée indéterminée, il n'est point animé d'une force obligatoire. C'est le sens de la maxime de Loysel : « fille fiancée n'est prise, ni laissée, car tel fiancé qui n'épouse point ». Dans le commentaire sur cette maxime, il est dit que les fiançailles ne sont qu'une promesse de mariage qui ne lie pas tellement les parties qu'elles ne puissent changer de volonté, mais l'inexécution pourra donner lieu à des dommages-intérêts que le juge arbitrera suivant les circonstances (3).

Ces solutions sont d'autant plus intéressantes à connaître que le droit ecclésiastique n'a jamais eu une doctrine bien fixe sur la valeur du lien des fiançailles. Les canonistes ont été balancés entre le désir d'assurer le respect de toute convention et celui d'accorder une certaine liberté aux contractants jusqu'à la célébration de l'union conjugale. De là, des hésitations, des tâtonnements et même certaines contra-

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 2, tit. 8, p. 725.

(2) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, t. I, chap. 11, p. 158, n° 3, éd. Beugnot.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 1, max. 103.

diction (1). Les coutumes ont tranché la difficulté d'une manière bien nette, en s'inspirant entièrement de l'esprit de l'Eglise.

Pothier, bien qu'écrivant à une époque où le pouvoir civil s'est dégagé de la puissance ecclésiastique, reproduit les décisions du droit canonique : les fiançailles créent un « *impedimentum publicæ honestatis* » lorsqu'elles sont contractées par les enfants au-dessus de sept ans, ou par leurs parents avant d'avoir obtenu le consentement des enfants, et cet empêchement a pour limites celles que lui assigne le Concile de Trente : parents en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au premier degré seulement (2 et 3).

Elles forment ensuite « dans chacune des parties, un engagement réciproque d'accomplir sa promesse, lorsqu'elle en sera requise par l'autre partie ; d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir » (4).

Telles sont les propres paroles de Pothier. On pourrait en conclure qu'il admettait contrairement à Loysel, une contrainte directe à l'effet d'amener à exécution le contrat. Ce serait mal préjuger de la pensée de Pothier que de le déclarer partisan d'une

(1) Comparer, cap. 10, liv. 4, tit. 1, des décrétales de Grégoire IX, avec les cap. 17 et 29 du même titre.

(2) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, chap. 1^{er}, n^o 48, p. 31.

(3) L'empêchement est simplement prohibitif. Pothier, même numéro.

(4) Pothier, *C. de mar.*, même numéro.

sanction repoussée par tous les auteurs. Considérant le mal engendré par un mariage forcé comme beaucoup plus grave que celui qui peut résulter d'un manque de foi, il rejetait toute pression sur la volonté des parties, se contentant de condamner l'auteur de la rupture à des dommages-intérêts (1).

Une discussion s'est élevée sur le principe de ces dommages-intérêts. On s'est demandé quel était le fondement qui leur était assigné dans l'ancien droit. Les basait-on sur le fait même de l'inexécution de la promesse intervenue entre les parties contractantes, ou bien voyait-on simplement dans la rupture des relations engagées, un délit qui donnait lieu à réparation, lorsqu'il avait occasionné un préjudice au plaignant ?

M. Colin s'est prononcé en ce dernier sens, et cela pour deux principaux motifs. Il remarqué que la décision des Parlements était précédée d'une sentence de l'Official qui avait déjà infligé un châtement au coupable ; dès lors, il est évident que le juge civil ne pouvait que condamner à la réparation du dommage causé. En outre, on ne tenait aucun compte des avantages que le futur conjoint espérait retirer

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 33, n° 53. Seul le pouvoir ecclésiastique avait le droit d'infliger une pénitence et encore fallait-il qu'elle soit légère. Un arrêt du 10 mars 1713, du Parlement de Paris, prouve combien on avait souci, à cette époque, d'assurer le liberté des mariages ; cet arrêt interdit au juge condamnant à des dommages-intérêts le futur récalcitrant, d'insérer la clause : « si mieux n'aime épouser ».

de l'union : le « *damnum emergens* » seul était pris en considération (1).

M. Jacomet répond que, d'après Pothier lui-même, le jugement de l'Official ne formait pas un préjugé devant le tribunal séculier : aux yeux de celui-ci, par conséquent, le litige n'était aucunement tranché ; il pouvait déclarer valable un contrat proclamé inexistant par le juge d'Eglise. En ce qui concerne le *lucrum cessans*, rien de plus naturel qu'on l'ait exclu du calcul de l'indemnité, car il ne constitue véritablement pas un dommage. « On a manqué une occasion d'acquérir, mais on n'a rien perdu,... en décidant autrement, les Parlements auraient, par voie détournée, donné effet au contrat de mariage que rend caduc la rupture des fiançailles » (2).

Il n'est pas commode de dire laquelle de ces deux opinions contradictoires exprime la vérité. D'une part, en effet, Pothier indique nettement que la question de la validité des fiançailles était soumise à une double juridiction civile et religieuse, indépendante l'une de l'autre, et que, si le juge séculier trouvait l'engagement valable, il condamnait la partie qui ne voulait pas l'accomplir « à une somme à laquelle il arbitrait les dommages-intérêts dus à l'autre partie pour l'inexécution de son engagement » (3) ; mais

(1) Ambroise Colin, thèse précitée, *Des fiançailles et promesses de mariage* (Paris, 1887), p. 178 et suiv.

(2) Jacomet, thèse précitée, *Des fiançailles et promesses de mariage* (Montpellier, 1902), p. 112-113.

(3) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, chap. 1^{er}, p. 33-34, n^o 53.

d'autre part, lorsqu'il énumère les divers objets des dommages-intérêts, il cite « les dépenses que les recherches de mariage ont causées pendant tout le temps qu'elles ont duré, la perte de temps que l'on a subie, etc. Tels sont les éléments constitutifs du préjudice matériel. Ajoute-t-il le dommage moral ? Oui, mais il constate que l'on en tenait rarement compte : « L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer dans le cas auquel il y auroit lieu de craindre qu'il ne put nuire à son établissement moral ». Ainsi, s'il est question du mal moral, de l'affront, ce n'est en somme que lorsqu'il menace d'entraîner des désavantages pécuniaires. Comment, après cela, voir dans la condamnation du fiancé infidèle, la réparation d'une faute contractuelle ?

La discussion n'a pas l'importance qu'on serait porté à lui attribuer au premier abord. Quelque solution que l'on admette, il n'en demeure pas moins certain, que seul le dommage réellement éprouvé par le plaignant (*damnum emergens*) était accueilli par le juge et dans la mesure restrictive indiquée par Pothier ; que toute stipulation pénale afférente à l'inexécution du contrat des fiançailles était rigoureusement interdite (1) : d'ailleurs, eût-on reconnu la possibilité de pareilles clauses, le juge aurait toujours eu le droit, en vertu des principes généraux

(1) Durand de Maillane, *Institutes du droit canonique*, t. V, p. 353.

admis à cette époque, d'en restreindre le montant à la gravité du préjudice souverainement appréciée par lui. Enfin, les fiançailles valaient sitôt que l'enfant atteignait l'âge de puberté, c'est-à-dire l'âge où l'intelligence est déjà suffisamment développée pour permettre à l'enfant de comprendre la portée de ses actes, d'encourir une responsabilité délictuelle. A partir de cet âge, il ne pouvait plus trouver d'excuses valables, de motifs légitimes de rompre, si ce n'est dans des circonstances étrangères à la question d'âge. Il importe donc fort peu, pratiquement, de rechercher la véritable origine, contractuelle ou délictuelle, des dommages-intérêts, en présence de dispositions législatives aussi formelles et précises (1).

Une clause que le droit canon n'a jamais repoussée, malgré sa prohibition des clauses pénales, est la stipulation d'arrhes (2). Elle a été très en honneur durant notre ancien droit (3) : un capitulaire décide que si le fiancé ou la fiancée entre dans un monastère, les arrhes doivent être restituées au simple (4). C'est

(1) M. Giraud remarque cependant que les Parlements allouaient des indemnités énormes; il cite un arrêt de Paris de 1703 condamnant à 60.000 livres de dommages-intérêts un de ses conseillers Magnon. (Giraud, *Revue de législ. et jurispr.*, année 1888, p. 665). Cela s'explique, étant donnée la grande importance des fiançailles à cette époque, mais ne résout pas d'une façon décisive la question de l'origine des dommages-intérêts.

(2) Le droit romain jusqu'à Léon le philosophe était tombé dans cet illogisme.

(3) La loi des Wisigoths nous parle des arrhes, au titre *De non revocandis arrhis*, mais elles ne désignent pas autre chose que le *pretium nuptiale*.

(4) Chap. p. 69, Baluze, p. 72.

les supposer d'une pratique assez courante. Les documents du Moyen-âge indiquent que très souvent les parents, promettant leurs enfants en bas âge, recouraient à l'usage des arrhes (1) ; les arrhes étaient réciproques et perdus par la famille dont l'enfant ne ratifiait pas l'engagement. Elles avaient un caractère nettement accessoire ; le commentaire de Laurière sur les établissements de saint Louis le prouvent bien (2) ; jusqu'à l'âge de sept ans, les fiançailles étaient nulles pour défaut de consentement, la stipulation d'arrhes l'était aussi ; à partir de cette époque, les enfants, possédant une certaine connaissance de ce qu'ils font, pouvaient contracter une promesse de mariage, les parents les y engageaient de leur côté valablement, la convention d'arrhes vaudra dès lors, car les « fiançailles étant bonnes, il s'ensuit que le contrat d'arrhes l'est également » (3).

(1) Les ét. de Saint-Louis renferment bien des renseignements à ce sujet, t. I, p. 146-147, t. II, p. 242-244.

(2) Commentaire. t. IV, p. 123.

(3) Les ét. de Saint-Louis prouvent que l'usage des arrhes était parfois pratiqué chez les plus grands seigneurs, puisqu'ils nous montrent le roi Philippe-Auguste obligeant Blanche, comtesse de Champagne, à lui donner des plèges (arrhes), qu'elle ne marierait pas son fils sans son consentement. Févret, dans son *Traité de l'abus*, t. XII, liv. 5, chap. 1, p. 8, nous apprend que le même roi exigea de Mathilde, mariée avec le duc d'Eudes et qui poursuivait la dissolution du mariage, qu'elle ne se marierait pas sans le bon vouloir et plaisir de sa Majesté et la comtesse donna pour plège et caution de sa promesse Guillaume de Vergey, Ronce et Eudes de Grancey qui promirent au roi qu'au cas où la princesse manquerait à ses engagements, ils seraient tenus de suivre et d'assister sa Majesté jusqu'à ce que tout serait réparé à son consentement. Les plèges ne consistaient donc pas toujours en une prestation pécuniaire.

On aurait pu raisonner de la même manière pour les stipulations pénales, on ne le fit pas et, conformément au droit canon (1), on les interdit (2). C'était profondément illogique, car l'arrhe n'est-elle pas une clause pénale ? C'est donc de l'arrhe et non d'une stipulation de peine proprement dite dont parle Beaumanoir lorsqu'il nous dit : « et se paine fut mise à la convenence fere, si comme je dis à aucun : je donrai ma fille à mariage à nostre fil et le yoz convenence sor paine de mille livres se je ne le fes (3). Il est difficile de mieux mettre en relief l'identité des arrhes et de la clause pénale. Si nous concluons aux premiers dans le passage de Beaumanoir, c'est que nous savons que la deuxième était prohibée.

Cette distinction des arrhes et des stipulations pénales se justifiait d'autant moins que le juge avait toute latitude pour réduire le montant des clauses pénales qu'il estimait excessives. Quel danger offraient-elles donc ? et d'ailleurs ne pouvait-on exagérer la quotité des arrhes ? C'est ce qui se présenta dans une espèce sur laquelle statua un arrêt du 20 août 1680 cité par Pothier (4). L'arrêt n'alloua au

(1) Liv. 4, tit. 1, canon 21.

(2) Le passage précité des ét. de Saint-Louis (t. I, p. 146-147) s'exprime formellement sur cette prohibition. Après avoir parlé de la pratique des arrhes, ils ajoutent : « La peine ne serait pas rendoible en droit ».

(3) Beaumanoir, t. II, p. 36.

(4) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 28, n^o 43.

plaignant qu'une somme représentant la valeur du préjudice qu'il avait éprouvé.

SECTION V. — *Justes motifs de dissolution.*

En dehors de la possibilité d'une rupture bilatérale (1), les coutumes ont admis, de tous temps, certaines hypothèses comme fournissant à l'une des parties contractantes des raisons légitimes de retirer la parole donnée. Beaumanoir déclare que les fiancés doivent être contraints au mariage « s'il n'y a resnable cause, par laquelle li mariages ne se doivent pas faire » (2). Les « résnables causes » sont énumérées par Bouteiller. Il cite : l'erreur, la lèpre, l'absence pendant un certain temps, l'adultère, l'affinité de comperage, l'impuissance du mari sur laquelle il s'étend complaisamment (3).

Les divers motifs ne sont autres que ceux qui étaient reconnus par le droit canon. En ces matières, la législation civile suivait les doctrines de l'Eglise, et les écrits de Pothier montrent qu'elle ne se départit pas de cette fidélité jusqu'au bouleversement révolutionnaire (4).

(1) En ce qui concerne cette dissolution volontaire, la loi se conforma aux prescriptions canoniques. Pothier prend soin de nous dire qu'elle pouvait avoir lieu, même lorsque les fiançailles avaient été bénies par l'Eglise. *C. de mar.*, 2^e partie, p. 34, n^o 55.

(2) Beaumanoir, *Cout. de Beauvaisis*, t. I, chap. 9, p. 158.

(3) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 1, tit. 8.

(4) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 36 à 41.

Pothier s'arrête sur les causes de rupture résultant d'un changement grave dans la situation pécuniaire de l'un des futurs. Il décide bien que la perte de fortune, survenue au fiancé, motive la rupture des relations engagées, de la part de l'autre partie, quand il la met dans l'impossibilité d'apporter un bien capable de subvenir aux charges du ménage, lors même qu'on n'aurait pas déterminé le montant de l'apport, mais il rejette comme immorale l'opinion de l'auteur des conférences de Paris, d'après laquelle l'arrivée d'une grosse fortune à l'un des futurs conjoints, justifierait une rupture : « La cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut, dit-il, aux yeux de Dieu ni même aux yeux des hommes, paraître une raison suffisante pour manquer à la foi que je lui ai promise. » (1) Si on l'adopte, ajoute-t-il, qu'au moins on condamne le fiancé infidèle à payer les dommages-intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles. Cela équivaut à rayer du nombre des justes causes de dissolution, la survenance d'une fortune considérable à l'un des fiancés.

Il apporte une correction analogue aux décisions des décrétales qui jugeaient licite le manquement aux promesses de mariage à la suite de vœux solennels ou d'entrée dans les ordres sacrés : il observe qu'il faut, au moins, dédommager l'autre partie des

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 39, n^o 61.

dépenses qu'elle a faites en vue d'une union qu'elle pouvait légitimement espérer (1).

SECTION VI. — *Preuve des Fiançailles.*

A l'exemple des autres contrats, les fiançailles pouvaient être établies par n'importe quelle voie probatoire, à une époque où le régime des preuves préconstituées était chose inconnue. Le témoignage des parents et amis qui avaient assisté aux cérémonies solennelles, à la remise de l'anneau, à l'échange des paroles usitées, suffisait à démontrer leur existence. De bonne heure cependant, dès que les règlements pécuniaires devinrent plus complexes, lorsque la dot prit une certaine importance, la coutume s'introduisit sous l'influence romaine, de rédiger par écrit, l'ensemble des clauses constituant les conventions matrimoniales (2). La preuve écrite se substitua ainsi, en fait, à la preuve par témoins, d'autant mieux qu'on avait l'habitude de relater dans ces « *libelli dotis* » l'engagement des fiancés de se prendre respectivement pour époux, et pour en augmen-

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 40, n^o 64. Il note que la simple prise d'habit, ni l'entrée dans un noviciat ne dégage du lien antenuptial, sinon des dissimulations seraient à craindre. Mais l'autre partie est armée d'un prétexte suffisant pour rompre, puisque la raison qui fait rejeter la rupture chez celui qui a ainsi pris l'habit ou est entré dans un noviciat, ne se rencontre pas pour elle ; elle est censée présumer son cocontractant de bonne foi.

(2) Voir les formules précitées de Rozières.

ter la force probante, on chargeait un officier public de la rédaction. Les anciens modes de preuve persistèrent cependant chez les familles pauvres et les serfs, jusqu'à la déclaration du 26 novembre 1639 qui exigea, même à l'égard des gens « de basse condition », que les fiançailles soient rédigées par écrit, en présence de quatre parents. L'Ordonnance dispose : « défendons à tous juges, même à ceux d'église, de recevoir la preuve par témoins des promesses de mariage, ni autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et de l'autre partie, encore qu'elles soient de basse condition » (1).

C'était appliquer à la matière des fiançailles le principe général posé par l'Ordonnance de Moulins, que l'on exprime dans le brocard suivant : « lettre passe témoins » (2).

(1) Ord. de 1639, art. 7.

(2) La loi civile se trouvait désormais en désaccord, sur ce point, avec le droit canon qui continuait à admettre la preuve testimoniale à l'effet d'établir une promesse de mariage. C'est pour cela que l'Ordonnance de 1639 insiste sur la prohibition imposée aux juges d'Eglise. D'ailleurs, c'est probablement les Officialités qui la motivèrent. L'Ordonnance de Moulins, en effet, interdisant la preuve testimoniale pour toutes choses excédant 100 livres dont les parties ont pu se procurer une preuve écrite, devait sans doute, dans la pensée du législateur, avoir une portée absolue d'application et englober par conséquent, dans ses prescriptions, le contrat de fiançailles. Les Officialités se montrèrent vraisemblablement réfractaires à ces exigences qui ne cadraient pas avec les dispositions canoniques, puisqu'un arrêt du 29 décembre 1629 cassa, pour ce motif, une décision de l'Official du Mans. C'est ce qui valut l'intervention du législateur en 1639 qui en profita pour préciser les conditions d'application aux fiançailles de l'Ordonnance de Moulins.

CHAPITRE III

DES JURIDICTIONS ECCLÉSIASTIQUES DANS NOTRE ANCIEN DROIT

Après avoir étudié les divers points de législation canonique et civile, relatifs aux promesses de mariage, il nous a paru indispensable, pour bien préciser leur portée respective, de déterminer l'étendue du pouvoir de juridiction des puissances rivales, séculière et ecclésiastique, aux diverses périodes que nous venons de traverser. On peut distinguer trois phases dans cette évolution : la première est une époque de progrès pour les justices d'Eglise, dont la compétence va sans cesse se développant ; elles atteignent leur apogée dans la deuxième phase : toutes les causes matrimoniales ressortissent de leur domaine et c'est en vain que les seigneurs essayent d'ébranler leur puissance ; vers le XIV^e siècle, sonne l'heure de la décadence : la royauté qui a triomphé du régime féodal, aspire à reprendre ses anciennes prérogatives vis-à-vis de l'Eglise ; son œuvre de reconstitution de l'unité française ne serait pas complète, si elle ne brisait

cette dualité de juridiction au profit du pouvoir civil qu'elle représente et personnifie.

SECTION PREMIÈRE. — *Première période.*

Les premiers rois francs, très respectueux envers l'Eglise et sa doctrine, se montrèrent cependant jaloux de conserver vis-à-vis d'elle une certaine indépendance ; ils entendirent continuer à exercer leur propre juridiction sur toutes les affaires concernant les promesses de mariage. L'Eglise, de son côté, s'efforçait d'attirer à elle les litiges de ce genre ; elle se rendait parfaitement compte de l'importance du rôle qu'elle serait appelée à jouer dans le cas où cette substitution de juridiction deviendrait un fait accompli : la réalisation de son programme dépendait de l'issue de la lutte qu'elle allait entreprendre contre le pouvoir royal.

Cette lutte n'offrit aucun caractère de violence ; l'Eglise procéda avec une sage lenteur et d'infinis ménagements. Elle se sentait d'ailleurs entourée d'un groupe de circonstances qui devait favoriser ses conquêtes futures.

Elle commença par organiser une autorité judiciaire ecclésiastique qui devait fonctionner côte à côte avec la juridiction civile ; plusieurs conciles travaillèrent à sa réglementation, à la détermination de sa compétence en matière matrimoniale, et en même temps, afin de calmer les appréhensions du

pouvoir central, à concilier dans la mesure du possible les deux pouvoirs en conflit (1). C'est ainsi qu'il y eut deux ordres de juridiction, une double procédure, une double répression, peine civile et peine ecclésiastique. Celle-ci consistait dans des pénitences, des prières, des aumônes ; parfois, dans les cas très graves, comme celui d'infidélité coupable de la fiancée, l'excommunication était prononcée.

Plusieurs causes contribuèrent puissamment aux succès de l'Eglise. Le caractère encore barbare des procédures laïques en éloignait les particuliers et les incitait à confier la solution de leurs différends au juge ecclésiastique ; le désir des rois francs de rame-

(1) Le synode de Leptine, à la suite duquel fut rendu l'édit de Childébert II, en l'année 596, établit que lorsqu'un mariage serait réprouvé à la fois par la loi et par les canons, le juge n'interviendrait que si l'intervention de l'évêque n'a pu amener la séparation des époux. M. Esmein cite divers capitulaires de Charlemagne ou de Louis le Débonnaire en ce sens dans son *Traité du mariage en droit canonique*, t. I, p. 17, note 2. Yves de Chartres nous apprend cependant à propos du mariage de Stéphane avec la fille du comte Régimund, en 860, que la juridiction civile devait statuer dans l'espèce, sur l'existence et la dissolution du mariage, mais c'est parce que les principes canoniques permettaient de considérer comme nul le mariage en question, qui n'avait pas été consommé. Il composa un mémoire à ce sujet, sur la demande d'un synode de Coucy. Ces deux exemples montrent clairement où en était au IX^e siècle la situation respective des juridictions rivales. Le concile de Tibur, en 815, manifeste certaines hésitations sur la manière d'assurer la validité des mariages contractés entre personnes appartenant à des races différentes. Il décide que la seule façon de procéder, c'est de respecter quant à la formation de ces unions toutes les règles de la loi civile. « N'est-ce pas la preuve manifeste, dit M. Esmein, que c'est la loi civile appliquée par la juridiction séculière qui statue sur cette question de validité. » Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 23. L'Eglise avait donc à lutter encore pour arriver à la pleine juridiction sur les causes matrimoniales.

nér coûte que coûte un peu d'ordre dans le royaume et leur impuissance marquée à l'obtenir, assurait leur sympathie à la grande puissance pacificatrice qu'est l'Eglise ; enfin, l'empreinte de plus en plus profonde des préceptes chrétiens sur la législation, faisait apparaître le pouvoir ecclésiastique comme l'arbitre naturel des difficultés auxquelles leur application donnait naissance.

SECTION II. — *Seconde période.*

La dualité de juridiction n'avait aucune chance de durée, étant données les conditions dans lesquelles elles se trouvaient respectivement placées, et il était évident que la partie serait gagnée par l'Eglise (1). L'écrasement de la monarchie assura un complet triomphe : la compétence ecclésiastique devint exclusive de toute autre, non seulement pour les questions qui intéressent de près ou de loin le sacrement (2), mais pour les causes même qui ne mettent en jeu que des intérêts pécuniaires. La seule restriction qu'indique Beaumanoir, est relative à la légitimité, laquelle est de la compétence de la cour féodale, lorsqu'elle soulève une question préjudicielle à

(1) On ne saurait fixer avec précision la date de ce changement. M. Esmein le place vers la fin du X^{me} ou au début du XI^{me}. Esmein, *op. cit.*, p. 25, note 3.

(2) Cette distinction entre le contrat et le sacrement était très peu dégagée à cette époque.

un procès touchant la succession aux fiefs (1). Bouteiller en ajoute une seconde : il déclare que le douaire a toujours été soustrait à la juridiction de l'Eglise (2). Hormis ces deux exceptions, tout litige qui avait une relation plus ou moins directe avec la matière des mariages, était solutionné par les Officialités. « Le mariage, dit M. Paul Viollet, relève sans contestation au Moyen-âge de la juridiction ecclésiastique ; c'est donc dans le cercle tracé par les lois de l'Eglise que se meut ce conseil de famille germanique. » (3)

Cette pleine juridiction de l'Eglise ne s'exerça pas sans provoquer les plus violentes protestations des seigneurs, pour qui les droits de justice étaient une source de gros revenus. En 1205, ceux du Centre et de l'Ouest invitèrent Philippe-Auguste à obtenir du Saint-Siège, la suppression de la compétence ecclésiastique vis-à-vis des obligations corroborées par un serment (4). En 1246, lors de la célèbre querelle des Investitures, nouvelle réclamation, mais toutes les résistances furent vaines. Malgré l'énergie dont firent preuve les seigneurs, leur résolution de braver la sentence d'excommunication dont les menaçait le pape (5), le conflit se termina par le triomphe de

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvaisis*, chap. 18, n° 1.

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 2, tit. 1, p. 647.

(3) Paul Viollet, *Introduction aux ét. de saint Louis*, p. 146.

(4) Fournier, *Des Officialités au Moyen-Age*, p. 98.

(5) Fournier, *op. cit.*, p. 101.

l'Eglise, triomphe qui fut facilité par la faveur dont les officiaux continuaient à jouir auprès du public.

SECTION III. — *Troisième période.*

C'est avec Philippe le Bel que la lutte contre la puissance de l'Eglise commence à prendre un caractère aigu et que nous assistons aux premières tentatives sérieuses et efficaces de la Royauté en vue de conquérir son ancienne indépendance. Le pouvoir central ne s'attaque néanmoins que timidement aux juridictions ecclésiastiques : il ne détache de leur compétence que le délit d'adultère, lorsqu'il n'est pas le sujet d'une demande en séparation de corps (1). Les tribunaux royaux ne peuvent percevoir tout d'abord que des amendes, mais en 1336, le roi fait défense à l'évêque d'Amiens de connaître en quoi que ce soit, d'une cause de ce genre.

Il faut attendre la fin du XV^e siècle pour voir le nombre des « cas royaux » augmenter dans les proportions les plus considérables. L'œuvre fut poursuivie avec une constance rare et une habileté consommée. Tout en feignant les plus grands égards envers la dignité et l'autorité de l'Eglise, les rois s'attachèrent à lui retirer un à un tous les avantages, toutes les prérogatives qu'elle s'était généreusement

(1) Comptes d'exploits du Languedoc, III, n^o 1407, cités par Fournier, *op. cit.*, p. 92.

octroyés à la faveur des circonstances. Les procédés qui furent mis à leur disposition par les légistes pour arriver à ces fins, peuvent se ramener au nombre de trois :

- 1° Distinction du contrat et du sacrement ;
- 2° Exercice fréquent du droit de légiférer en matière matrimoniale ;
- 3° Institution de l'appel comme d'abus.

Les légistes s'appliquèrent tout d'abord à bien discerner dans le mariage, le contrat et le sacrement (1). Cette séparation les amena naturellement à proclamer que, le contrat ressortissant du droit civil, tout ce qui se rattachait à lui, devait être jugé par les tribunaux laïques (2). Forts de ce principe, ils retranchèrent du domaine des justices d'Eglise, toutes les questions accessoires au mariage, telles que la dot, la séparation de biens (3). Ces « *causæ incidentes* », comme les appellent les canons, étaient d'une façon

(1) Cette distinction, assez obscure jusqu'au XV^e siècle, à peine ébauchée par saint Thomas, fut alors vivement éclaircie. Les civilistes ne furent pas les seuls à la discuter; elle fut nettement exposée au concile de Trente et les théologiens admettaient eux-mêmes comme logique cette conséquence que le contrat appartenait au domaine du droit civil. Ils invoquaient seulement la tradition et le respect dû à l'Eglise pour appuyer ces droits. Ces arguments étaient bien faibles pour arrêter les légistes. La distinction du contrat et du sacrement au mariage est condamnée aujourd'hui. Elle a été rejetée successivement par les papes Pie IX, *De matr. Christ.*, n° 63, et Léon XIII, encyclique du 10 février 1880.

(2) Pothier a fort bien résumé cette doctrine : *C. de mar.*, 1^{re} partie, p. 17, nos 19 et 20.

(3) Le douaire, avons-nous dit, s'est toujours maintenu dans la catégorie des cas royaux.

évidente et de l'aveu même des canonistes, en dehors de la théorie du mariage sacrament. Elles offraient avant tout un caractère pécuniaire, on y réglait les apports en argent des époux, les modifications qui pouvaient être apportées à la situation de fortune de leurs familles. Il fut donc facile de les laïciser.

Mais on alla plus loin ; le désir de tirer tout le profit possible d'une distinction dont le criterium ne laissait pas d'être imprécis, incita à s'attaquer aux causes matrimoniales proprement dites et à commettre sur le terrain ecclésiastique les plus considérables empiètements : « Tantôt, dit M. Esmein (1), on faisait remarquer que le *foedus matrimonial* n'était pas en jeu dans la cause parce qu'il ne s'était pas formé ou parce qu'eût-il existé, il était déjà dissous (cas où la question de nullité ne se posait qu'après la mort de l'époux) ; tantôt on soutenait que dans la cause, il ne s'agissait que d'une simple question de fait et on en tirait d'importantes conséquences qui n'étaient pas toujours commandées par la logique la plus rigoureuse. » (2 et 3)

On sépara également la question de nullité ou d'inexécution d'une promesse de mariage d'avec les conséquences qu'elle pouvait engendrer. C'était bien

(1) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 36.

(2) Les magistrats des Parlements usèrent beaucoup de ce dernier procédé.

(3) Consulter à ce sujet, Févret, *Traité de l'abus*, t. II, p. 22, n° 16 et les textes cités par cet auteur, notamment l'opinion de Dumoulin, qui était pleinement partisan de ces réformes.

subtil, mais les légistes n'hésitèrent point à sacrifier à la subtilité toutes les fois que cela pouvait servir leurs desseins. Ils réservèrent donc aux tribunaux royaux le soin de statuer sur la fixation des réparations pécuniaires à accorder à la partie plaignante (1). A fortiori, les juges ecclésiastiques ne possédèrent-ils plus le droit de contraindre par corps à l'exécution d'une promesse de mariage ou de prohiber à l'une des parties tout mariage avec un autre que son fiancé actuel. A vrai dire, ils avaient abusé de ce droit de coercition que les canons ne leur concédaient qu'avec les plus grandes réserves (2). Févret rapporte qu'une nommée Françoise Monin avait obtenu de l'Official de Paris la permission d'amener sans scandale et d'emprisonner dans les prisons de l'archevêché, son fiancé Malet, pour suivi en accomplissement d'une promesse de mariage ; un nommé Pierre Houlbronne fut aussi condamné à solenniser en face de l'Eglise, avant de sortir de prison, son projet de mariage avec Elisabeth Pollier (3). Les deux jugements furent cassés, car, ainsi que disait l'avocat général Servin, « si l'Eglise a des prisons, ce n'est pas pour de telles contraintes

(1) Ainsi les collatéraux, qui n'avaient droit qu'à des dommages intérêts à raison de la nullité prononcée, ne pouvaient s'adresser qu'au juge séculier. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1052, note 3.

(2) Voir les textes précités du recueil des décrétales de Grégoire IX, liv. 4, tit. 1.

(3) Févret, *op. cit.*, t. II, p. 6.

réprouvées en un acte où la liberté doit être entièrement requise. » (1)

Les juridictions d'Eglise durent se borner à infliger de légères pénitences, quelques prières ou de faibles aumônes. Et Févret observe que « lorsque le grand vicaire aura imposé aux futurs une somme supérieure à ce qui est accoutumé, il y aura abus, lors même que cette somme serait applicable à des œuvres pies » (2).

Le deuxième artifice des légistes fut la reconnaissance à la Royauté du droit de légiférer souverainement sur les questions matrimoniales (3). Il arriva ce que l'on pouvait craindre : un désaccord de plus en plus accentué entre les prescriptions canoniques et les décisions de la loi civile. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien le roi allait inviter les membres des tribunaux ecclésiastiques à exécuter ses ordonnances, ou bien il prendrait une mesure plus radicale, il ferait trancher par ses propres tribunaux la question nouvellement réglée par lui.

(1) Févret rapporte que le pape Alexandre était opposé à l'emploi de ces procédés de violence. « Quelle plus légitime excuse, disait-il, peut proposer la partie refusante que le changement de volonté, et qu'elle ne peut aimer, ni avoir pour mari, celui qui la poursuit en exécution des promesses de mariage? Quel moyen d'unir deux cœurs divisés par la haine? » Févret, t. II, p. 28.

(2) Févret, t. II, p. 47, n° 32.

(3) Ce droit a toujours été reconnu à la royauté par les canonistes; tous les membres du concile de Trente furent unanimes sur ce point; l'Eglise entendait cependant exercer une suprématie morale et ne se soumit pas volontiers à la violation de ses propres doctrines. Voir M. Esmein, *op. cit.*, p. 33, note 4.

Ce dernier moyen était de nature à servir le plus directement les vues de la Royauté et à donner au conflit avec l'Eglise une prompte solution, mais cette rapidité en constituait précisément le danger : elle aurait suscité les plus véhémentes protestations du Saint-Siège et favorisé peut-être une réaction en sa faveur. La monarchie préféra ne point brusquer les choses et faire parade d'un grand esprit de conciliation, d'un profond respect envers les prérogatives ecclésiastiques (1). Les rois renouvelèrent dans leurs édits et ordonnances le principe de la souveraineté juridictionnelle de l'Eglise : « Nous voulons, disait la déclaration de 1606, en son article 12 (2), que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges d'église », mais elle ajoutait aussitôt : « à la charge qu'ils seront tenus de garder les Ordonnances ». L'Ordonnance de 1695 est conçue à peu près dans les mêmes termes, tout en spécifiant cependant qu'appartiennent aux juges d'Eglise « les causes seules concernant les sacrements » ; mais dans ces limites, le roi « enjoint à ses officiers, même à ses cours de parlements, de laisser et même de renvoyer aux tribunaux d'Eglise la connaissance des affaires ma-

(1) Ce n'est que lorsqu'il était impossible de ne pas accorder compétence aux juges ecclésiastiques qu'on réservait les litiges aux juges royaux : ainsi l'édit de Nantes donna à ces derniers la connaissance des mariages entre protestants ; l'édit de 1787 fit de même.

(2) Cet édit se trouve *in extenso* au tome 15 du recueil des lois françaises par Isambert.

trimoniales, sans prendre aucune connaissance ni juridiction des affaires de cette nature » (1).

Si le législateur civil avait su restreindre ses exigences, si ses décisions ne s'étaient pas heurtées au « non possumus » de la papauté, les juridictions ecclésiastiques se seraient soumises, quoique à contre-cœur, à ses injonctions : l'Eglise pouvait céder, par exemple, sur la nécessité d'un écrit à l'effet d'établir une promesse de mariage, conformément à l'Ordonnance de 1639 ; mais sur certains points, le droit civil se mettait en contradiction flagrante avec la loi canonique. Ainsi un édit de Henri II déclare illicite un mariage conclu sans l'assentiment des père et mère, alors que le Concile de Trente frappé d'anathème ceux qui soutiennent une pareille doctrine (2). N'était-ce pas poser à l'exercice de la juridiction par l'Eglise, des conditions impossibles (3) ?

L'arme la plus redoutable qui fut mise au service de la monarchie pour la réalisation de ses projets, fut l'institution de l'appel comme d'abus. « C'était, dit M. Esmein, une voie de droit qui pouvait être

(1) *Ord. de 1695*, art. 34, tome II du recueil d'Isambert.

(2) Pour concilier les canons de l'Eglise avec le droit séculier, on institua en 1697, les conférences de Paris. Pothier a critiqué, à maintes reprises, leurs solutions.

(3) La royauté savait d'ailleurs faire preuve d'énergie, dans les manifestations de sa volonté de faire respecter ses prescriptions : « Nous enjoignons, dit l'Ord. de Blois de 1579, en son art. 40 (recueil d'Isambert, t. XV) aux curés, vicaires et autres, de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier.... et nous leur défendons étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des père et mère, tuteur ou curateur. »

intentée par les particuliers ou par les procureurs généraux, et par laquelle on déférait au Parlement un acte de l'autorité religieuse comme contraire aux lois et coutumes du royaume ou aux canons reçus en France. » (1) On n'en connaît pas exactement l'origine (2), mais ce que l'on sait, c'est qu'elle fut imaginée comme moyen de lutte contre les prétentions de l'Eglise, pour restreindre sa juridiction dans de raisonnables limites.

Placée entre les mains des Parlementaires, elle devenait particulièrement dangereuse vis-à-vis des juridictions ecclésiastiques. Chacun sait combien ces magistrats se sont toujours montrés jaloux de leurs prérogatives et soucieux d'augmenter leurs attributions. Ils se trouvèrent donc, en matière matrimoniale, servir les vues de la Royauté, et parvinrent à acculer les justices d'Eglise à leurs derniers retranchements.

Nous avons vu qu'en vertu de la distinction du contrat et du sacrement, les juges d'Eglise devaient se borner à statuer exclusivement sur la question de validité ou non-validité des promesses de mariage ou du mariage lui-même. Les Parlements donnèrent à ce pouvoir sa portée la plus étroite ; ils en arrivèrent à l'oublier quelquefois. La promesse de mariage

(1) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, p. 657.

(2) La tradition, dit M. Esmein, *Hist. du droit*, p. 658, la faisait remonter à Pierre de Cugnères, mais il observe que Pierre de Cugnères, dans la dispute de Vincennes, signala les nombreux abus de l'autorité ecclésiastique, mais n'indiqua aucun moyen de les réprimer.

avait-elle été conclue par un impubère et suivie de copulation, elle rentrait dans la compétence du juge séculier, car, dit Pothier : « c'est en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage » (1), que le juge d'Eglise est compétent. Or, conclues entre impubères, elles ne sauraient avoir cet aboutissant, puisque le mariage est impossible entre eux. Voulait-on rompre une promesse de mariage, en prétextant qu'elle avait été extorquée par la violence (2), ou bien pour motifs de mauvaise conduite, d'injures, de diffamation de la part du fiancé contre sa promise ou vice-versa (3), alléguait-on diverses autres raisons, tirées, par exemple, de ce que le mari, bien qu'absent de longue absence, doit être présumé vivant jusqu'à son décès (4), c'est au juge séculier qu'il appartenait de statuer, car la connaissance de la vie et de la mort du mari, de même que celle de la violence ou de la diffamation a pour objet de pures questions de fait (5). Une instance de rapt faisait cesser la poursuite devant l'Official (6). Le Parlement de Paris excepta bien le cas où une veuve majeure l'avait introduite

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^{me} partie, p. 31, n° 49.

(2) Arrêt du Parl. de Paris. Févret, *Traité de l'abus*, t. II, p. 17. La date n'est pas rapportée.

(3) Arrêt du Parl. de Dijon, 15 mars 1615. Févret, t. II, p. 17.

(4) Arrêt du Parl. de Dijon, 8 janvier 1626. Févret, t. II, p. 16, n° 2.

(5) Févret constate cependant quelques dissidences et il cite un arrêt du Parlement de Paris renvoyant devant l'Official une action en accomplissement d'une promesse de mariage intentée devant le juge séculier, contre laquelle on intentait sous forme d'exception un fait non infamant. Févret, p. 18, n° 11.

(6) Arrêt du Parl. de Dijon, 19 février 1582. Févret, t. II, p. 20, n° 15.

contre un mineur en puissance paternelle, mais c'est parce qu'il jugea que la veuve était mal fondée à imputer rapt une copulation à laquelle elle avait consenti, « étant libre, majeure et pleine d'artifices » (1). De même, l'Officiel ne pouvait ordonner sans abus la visitation ou inspection d'une fille, demanderesse en accomplissement d'une promesse de mariage. A proprement parler, il avait ce pouvoir, mais, dit l'arrêt de Parlement, « cette visitation pour connaître si une fille est entière ou non, ne s'ordonne qu'es cause de mariage déjà contracté » (2).

Il resta à l'Eglise de connaître de la pure question de validité des promesses de mariage entre personnes capables de les faire ; dès que surgissait la moindre difficulté incidente, elle échappait à la compétence des Officialités, et les Parlements étaient très larges dans l'interprétation de ce dernier principe (3).

Ce n'est pas tout : la décision sur la validité de l'engagement n'appartenait au juge d'Eglise que lorsque les parties agissaient elles-mêmes en exécution ou en résolution. Si la convention de fiançailles

(1) Arrêt du 15 juin 1609, Févret, t. II, p. 20, n° 15.

(2) Arrêt du Parl. de Dijon, Févret, t. II, p. 18, n° 12.

(3) Nous n'avons discuté que sur la compétence *ratione materiæ*. Le champ de la compétence ecclésiastique était considérablement agrandi, à raison de la qualité de la personne : « si un chanoine, dit Pothier, simple clerc tonsuré avait fait des promesses de mariage qu'il refusât d'exécuter, et que la fille à qui il les a faites, l'eût assigné en l'officialité et y eût conclu en des dommages-intérêts, l'Officiel serait compétent pour y statuer par la qualité de la personne à qui ils sont demandés. » Pothier, *C. de mar.*, 2^{me} partie, p. 33, n° 52. On s'aperçoit bien vite que ces promesses de mariage n'intervenaient pas fréquemment.

était attaquée par une tierce personne, la juridiction séculière s'emparait de la cause, prétextant que les tiers étaient « hors le fait du sacrement » (1).

Enfin, lorsqu'il s'élevait des conflits sur le point de savoir si on était en présence d'une promesse *de præsenti* ou *de futuro*, le litige était tranché par le Parlement (2).

On peut se rendre compte de l'influence énorme qu'acquissent les Parlements dans les causes matrimoniales. Il est permis d'affirmer, sans tomber dans l'exagération, que les juridictions d'Eglise, à la veille de 1789, existaient bien plutôt à l'état théorique ; qu'en fait, on ne connaissait plus guère que le tribunal séculier. Pour éviter une cassation toujours possible, les particuliers préféraient s'adresser de suite au Parlement, sans passer par l'Officialité. La loi leur en reconnaissait parfaitement le droit. La voie de l'appel comme d'abus, dite extraordinaire, devint donc bientôt la voie normale : « Cela explique, dit M. Esmein, comment le législateur des Ordonnances continua à proclamer en termes généraux la compétence des juridictions ecclésiastiques en fait de mariage ; il suffisait pour en paralyser l'efficacité, de cette clause additionnelle « sauf l'appel comme d'abus » (3).

La Révolution n'a eu qu'à consacrer un état de choses depuis longtemps établi.

(1) Févret, t. II, p. 16.

(2) Arrêt du Parl. de Paris, 24 avril 1532. Févret, t. II, p. 3, n° 2.

(3) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 43.

III^e PARTIE

FIANÇAILES DEPUIS 1789 JUSQU'À NOS JOURS

CHAPITRE PREMIER

FIANÇAILES SOUS LA RÉVOLUTION

Les fiançailles disparurent au milieu de la tourmente révolutionnaire. La Révolution fit, sur elles, table rase du passé et en effaça tout vestige dans le domaine juridique.

On a souvent expliqué des réformes aussi radicales par les passions anticatholiques qui animaient la majorité des assemblées. L'Eglise, on s'en souvient, avait entouré la conclusion des fiançailles de certaines cérémonies ; les fidèles, depuis de nombreux siècles, avaient l'habitude de solliciter la bénédiction du prêtre pour le pacte pré-nuptial. Quoi de plus naturel d'englober les fiançailles dans la haine contre les institutions religieuses ? (1)

(1) Voir à ce sujet M. Giraud, Les promesses de mariage, *Revue de législ. et jurispr.*, année 1888, p. 683 ; et sur l'influence de la Religion sur l'esprit des Constituants : Laferrière, *Histoire des principes de la Révolution française*, p. 11 et suiv.

L'explication est insuffisante : pourquoi, si l'on voulait détruire toute empreinte catholique, ne pas faire simplement œuvre de sécularisation, ne pas se contenter de proclamer, comme cela eut lieu pour le mariage, que l'union anténuptiale sera exclusivement régie par la législation civile ?

Le véritable motif doit être recherché dans les tendances de l'époque vers un individualisme souvent excessif. On l'a répété bien des fois, la Révolution fit de l'individualisme à outrance. S'inspirant étroitement des théories philosophiques et abstraites de Rousseau, le législateur brisa de parti pris toutes les barrières de nature à apporter quelque entrave au plein et entier exercice de la liberté individuelle. L'engagement résultant des fiançailles ne se comprenait donc plus ; il eût constitué une anomalie, une contradiction avec les bases sur lesquelles reposait la législation nouvelle (1).

Nous devons ajouter à cela les abus nombreux auxquels avait donné lieu l'institution. Les fiançailles, nous l'avons vu, étaient le plus souvent l'œuvre de la famille : les droits de l'intéressé étaient plutôt théoriques ; l'enfant se trouvait dans l'obligation morale de réaliser l'union projetée sous peine quelquefois d'y être astreint par la force.

Aussi, les lois révolutionnaires gardent-elles un

(1) Pourquoi d'ailleurs maintenir les fiançailles, lorsqu'on eût admis la liberté absolue des divorces ? Le mariage se trouvait très voisin du concubinage.

silence voulu sur les promesses de mariage ; la situation de fiancé devient hors le droit, la loi ne la réglemente plus, ne lui accorde aucune protection. Point n'est besoin, par conséquent, du consentement paternel pour projeter une union matrimoniale ; plus d'âge préfixe, plus d'obligations entre les futurs époux, chacun peut impunément manquer à sa parole et rompre ses engagements. La victime n'aurait-elle aucun droit à des dommages-intérêts, si de l'inexécution est résulté un préjudice ? Oui, sans doute, mais ils seront basés sans contestation possible, sur une idée de délit et ne seront alloués que dans la seule mesure du dommage éprouvé. Or, en enlevant la possibilité d'une recherche de paternité, la Révolution supprima bien des chefs d'indemnité.

La question des promesses de mariage fut quelque peu agitée au sein du Conseil d'Etat dans la séance du 26 brumaire de l'an X. Les conseillers ne songeaient certes pas à faire revivre les antiques fiançailles, ils se bornèrent à quelques allusions sur la matière, allusions amenées d'une manière tout à fait incidente, à propos de la discussion sur la recherche de paternité.

Le projet du Code civil présenté au Conseil d'Etat, prohibait absolument cette recherche. Certains conseillers, notamment Cambacérès, admettaient le principe, mais désiraient y apporter quelques tempéraments. On discuta beaucoup sur le rapt ou le viol, lorsque Cambacérès fit observer qu'avant de pousser plus loin, il serait peut-être utile de prononcer

sur le cas où une grossesse aurait été précédée d'une promesse de mariage (1):

C'est donc assez timidement que la proposition fut faite, mais les paroles de Tronchet, qui suivirent immédiatement, permettent de supposer que le législateur était résolu à consacrer les fiançailles, pour décider que leur inexécution donnerait naissance, s'il en était résulté un préjudice pour le plaignant, à une action en dommages-intérêts à son profit (2).

Un passage digne de remarque est celui où M. Boulay déclara que « souvent le fait de la grossesse est un motif de ne pas déférer à la promesse de mariage, et qu'il serait bien dur d'en faire un motif de contrainte ». Cette observation méritait d'être signalée, car, malgré la solution négative qui est proposée, on peut raisonnablement y voir l'indice d'un état d'esprit qui n'est pas loin de légitimer une certaine contrainte extérieure, et de vouloir obliger au mariage, celui qui l'a promis, lorsqu'il a joint à ses engagements la circonstance singulièrement aggravante d'une grossesse. Ce qui confirme cette idée, ce sont les paroles que prononçait quelques minutes auparavant, le premier consul (1) : « Si la

(1) Voir sur ces questions le recueil complet des travaux préparatoires au Code civil de Fenet, t. X, p. 67.

(2) « Les rédacteurs du projet du Code civil ont proposé, dit-il, de décider que les promesses de mariage ne donneraient lieu qu'à des dommages-intérêts » et M. Réal ajoute : « La section pense que les dispositions sur les promesses de mariage doivent être renvoyées au titre des actions ».

(3) Fenet, recueil, t. X, p. 76.

paternité pouvait être prouvée, il faudrait le condamner (le père de l'enfant) à épouser la mère. » (1)

La discussion en demeura là ; malgré les observations de Cambacérès, on poursuivit l'examen des questions ultérieures et l'on ne devait plus revenir sur les promesses de mariage.

(1) Il ajouta que cette preuve était impossible.

CHAPITRE II

LES FIANÇAILLES DANS LE CODE CIVIL

L'intention des rédacteurs du Code civil de s'occuper d'une façon toute particulière du contrat de fiançailles, s'était manifestée, ainsi que nous venons de le voir, au cours des travaux préparatoires. Le législateur s'est néanmoins abstenu d'y faire une allusion directe et de répondre, dans un article spécial, à la question de savoir si celui qui, ayant promis le mariage, ne s'exécute pas, est ou non passible de dommages-intérêts.

A défaut de dispositions spéciales, cependant, ne peut-on trouver dans les principes généraux de notre droit le germe d'une solution favorable à la validité des promesses de mariage ? Il nous semble que oui. L'article 1142 est ainsi conçu : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts ». C'est là une décision bien catégorique et d'une portée générale, dont l'application ne doit cesser qu'en présence d'une exception consacrée par la loi. Or, pour la matière qui nous concerne, l'exception ne se rencontre nulle part.

Les fiançailles existent donc dans notre droit, en

ce sens que la promesse de mariage est un engagement juridique, dont l'inexécution donnera lieu à des dommages-intérêts, lorsqu'elle ne s'appuiera pas sur un juste motif. La loi les a assimilées à une convention ordinaire, qui sera régie par les dispositions du droit commun (1), les dépouillant ainsi de leur vrai caractère de pacte de famille, les privant de leur place naturelle au début des dispositions intéressant le mariage, dont elles constituent le préliminaire habituel.

Le laconisme du Code a suscité, ainsi qu'on devait s'y attendre, les plus grosses difficultés doctrinales et jurisprudentielles, et notamment, il a fait définitivement triompher la théorie de la non-validité des promesses de mariage. Nous nous proposons d'examiner, dans deux chapitres distincts, les opinions diverses émises par les auteurs, et celles qui ont été accueillies en jurisprudence, relativement aux questions qui suivent :

1° Faut-il admettre ou rejeter la validité des engagements prénuptiaux ; par conséquent, y aura-t-il lieu ou non d'allouer des dommages-intérêts à la victime d'un refus ? Et si on conclut à l'affirmative, tout en proclamant la nullité des promesses de mariage, sur quel fondement juridique appuiera-t-on la condamnation de l'auteur de la rupture ?

(1) Les motifs de cette défaveur des fiançailles ont été bien mis en relief par M. Giraud, *Revue de législ. et de jurispr.*, année 1888, p. 684.

2° Doit-on indemniser du seul préjudice matériel, ou faut-il avoir égard au dommage moral ?

3° La fille-mère a-t-elle droit au remboursement au moins partiel des dépenses occasionnées par l'enfant, lorsqu'il y a eu promesse de mariage entre elle et l'auteur présumé de la grossesse ?

4° Dans quelles hypothèses une rupture de promesse de mariage doit être considérée comme basée sur des motifs légitimes, et par suite, enlève au plaignant tout droit à une réparation ?

5° Quels sont les modes de preuves admis par la loi, à l'effet d'établir une promesse de mariage ?

CHAPITRE III

THÉORIES DOCTRINALES

SECTION PREMIÈRE. — *De la validité ou non-validité des promesses de mariage.*

La grosse question, vivement agitée chez les premiers commentateurs du Code civil et qui paraît avoir reçu aujourd'hui une solution définitive, est celle de savoir si les promesses de mariage constituent par elles-mêmes une obligation légale, liant la volonté des parties ou si, au contraire, celles-ci peuvent librement se dérober à leurs engagements.

L'opinion favorable à la validité du contrat de fiançailles n'a pas rallié de très nombreux partisans. Elle a été cependant défendue avec beaucoup de force et une très grande richesse d'arguments par Toullier (1). L'auteur met en avant, tout d'abord, des considérations historiques ; il suit l'évolution des fiançailles dans le droit romain et déclare que c'est uniquement pour ne pas gêner la licence effrénée des divorces que la maxime « les mariages sont libres » a été admise par les jurisconsultes. L'ancien droit la

(1) Toullier, *Droit civil français*, t. VI, liv. 3, tit. 3, chap. 3, p. 305 à 334.

reproduisit sans doute, mais cette anomalie ne s'explique que par un attachement servile à la loi romaine. Il fait valoir ensuite des arguments tirés de la raison et des nécessités sociales : si le Code civil s'est tu sur les promesses de mariage, c'est qu'il a considéré le mariage comme un pur contrat civil, mais il a voulu que toutes les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, lorsqu'elles n'ont rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, est-ce un mal que la liberté de changer impunément et sans motifs, soit entravée ? En le tolérant, « ce n'est pas la liberté du mariage que l'on favorise, c'est l'infidélité et le caprice, souvent l'avarice, la vanité et toutes les petites passions qui font les perfides ; on ne doit faire un choix qu'après réflexion et maturité ; quand une fois on l'a fait, il faut s'y tenir, si on n'a pas de motifs légitimes pour se dégager ».

Merlin n'est pas aussi catégorique (1) : il nous paraît, dit-il, que les fiançailles considérées comme de simples promesses de mariage, peuvent encore se pratiquer ». Il ajoute plus loin, cependant : « Le Code, par son silence, les a rangées dans la classe générale des contrats ; elles sont, par conséquent, soumises à toutes les règles des conventions ordinaires. » Les Pandectes françaises professent la même doctrine (2).

(1) Merlin, *Peine contractuelle*, t. V, p. 207.

(2) *Pandectes françaises*, t. III, p. 129.

Cette opinion n'a pas fait fortune. Elle s'est heurtée de très bonne heure à une vive opposition de la part des auteurs doctrinaires, et ne paraît offrir aujourd'hui qu'un pur intérêt historique.

Les principaux arguments que l'on a fait valoir à son encontre, peuvent se ramener à trois : on observe, en premier lieu, que le mariage est un acte essentiellement libre ; les époux doivent se présenter devant l'officier d'état civil, dégagés de toute coercition, de toute arrière-pensée de crainte ; une promesse de mariage antérieurement faite ne saurait donc peser sur la prononciation du oui solennel (1). Certains auteurs, entre autres M. Huc (2), ont fait remarquer, en deuxième lieu, combien l'attribution aux fiançailles d'une certaine efficacité, est contraire à la nature et au but même de cette institution. Qu'est-ce, en effet, que les fiançailles, sinon une préparation au mariage, une période d'épreuves permettant aux époux d'entrer en relations étroites, en fréquentations familières, et de pouvoir ainsi se connaître, s'apprécier, s'aimer ? « Cela n'implique-t-il pas, dit M. Huc, la faculté de se retirer librement, si les résultats d'une telle épreuve paraissent insuffisants ? »

(1) Voir notamment Duranton, *Cours de droit français sur le Code civil*, éd. 1834, t. X, p. 333 et t. XI, p. 449 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. II, p. 412 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 4 et 5 ; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil* ; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, p. 277-278 ; Aubry et Rau, *Cours de droit français*, t. IV, p. 31, note 26.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, tit. 5, p. 13, n° 5.

Enfin, à l'objection puisée dans la généralité des termes de l'article 1142, on répond qu'il est clair, jusqu'à l'évidence, que son application n'embrasse que les conventions d'ordre pécuniaire. « L'article 1142, dit Laurent, parle de débiteur : or, y a-t-il un créancier et un débiteur dans les promesses de mariage ? La plume de Toullier s'est refusée à l'écrire ! Non, le mariage est l'union de deux âmes ; ce mot n'est pas d'un poète ou d'un philosophe, il a été prononcé au sein du Conseil d'Etat, par un esprit éminemment positif, par le Premier Consul. » (1)

La conclusion est la nullité des promesses de mariage ; les fiancés sont libres de se rétracter dès qu'ils le jugent à propos, et sans avoir à donner les motifs de leur décision. Aucune mesure coercitive ne saurait être prise par les tribunaux contre celui qui se retire. Les fiançailles sont hors la loi.

Il est peut-être téméraire de reprendre une théorie qui a su recueillir la presque unanimité des suffrages et que les plus grands jurisconsultes abritent derrière leur autorité. Tout en rendant hommage à l'excellence de leurs arguments, il nous apparaît qu'ils les ont poussés trop loin, et, notamment, qu'ils ont exalté jusqu'à un degré excessif la notion de liberté en matière matrimoniale. Si l'on parcourt les divers textes du Code civil, on ne trouvera nulle part un article dans lequel le législateur ait laissé percer ses intentions de protéger d'une manière toute particu-

(1) Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 412.

lière le consentement à la célébration de l'union conjugale, de garantir contre toute gêne, toute entrave, la liberté de détermination, qui doit être conservée jusque devant l'officier d'état civil. L'article 146 décide, il est vrai, « qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » ; l'article 180 reproduit cette même disposition, consacrant ainsi, à nouveau, la maxime : les mariages sont libres ; mais est-ce une raison suffisante pour repousser la validité des promesses de mariage ? Nullement, car si nous nous reportons au chapitre des conventions et contrats, nous voyons reconnue, presque dans les mêmes termes, une égale liberté, relativement aux conventions d'ordre pécuniaire. Or, qui ne sait qu'un engagement postérieur doit respecter les engagements antérieurs ?

Vainement objectera-t-on que la nature même du mariage implique une liberté spéciale, une indépendance absolue dans le choix de l'épouse. « Requête dans tous les contrats, disait Portalis, elle (la liberté) doit être surtout parfaite et entière dans le mariage ; le cœur doit, pour ainsi dire, respirer sans gêne dans une action où il a tant de part ; ainsi, l'acte le plus doux, doit être encore le plus libre » (1).

Les opinions de Portalis ont été d'un grand poids sur la rédaction définitive du Code, mais le Code n'a pas voulu, ici, les consacrer à la lettre. Remarquons,

(1) Extrait du discours de Portalis à la séance du 19 ventôse an XII, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat*, p. 511.

d'ailleurs, et c'est notre réponse à l'objection, que toute mesure de coercition contre le coupable, tout procédé qui rappellerait les censures ecclésiastiques, l'emprisonnement, les pénitences, les aumônes, si fréquemment usitées dans l'ancien droit par les justices d'Eglise, doivent être impitoyablement rejetés. Le futur pourra donc, en vertu même de l'article 1142, renoncer à l'union qu'il a promise; il se trouvera à l'abri de la contrainte, mais, comme tout engagement non contraire aux lois et aux bonnes mœurs mérite d'être respecté, le conjoint déçu aura un recours contre son co-contractant, à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice occasionné par une rupture illégitime. N'est-ce pas une heureuse conciliation entre le principe de liberté qui doit présider à la célébration de l'union conjugale et le respect dû aux obligations contractées de bonne foi ?

M. Meynial a cru trouver dans les dispositions mêmes de la loi, un argument en faveur de la nullité des promesses de mariage. « La nullité d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit être prononcée toutes les fois qu'il s'agit d'un acte pour lequel les formalités ont pour but de sauvegarder la liberté de l'agent jusqu'à l'entière perfection de l'acte ; dans ce cas, en effet, promettre d'accomplir l'acte, c'est enchaîner sa volonté et s'interdire par avance de se refuser à l'entière perfection de l'acte. » (1)

(1) Meynial, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, p. 24.

L'objection est contredite par les données de l'histoire : dans l'ancien droit, le mariage était un acte solennel, surtout depuis l'obligation dans laquelle le concile de Trente mit les époux de requérir la présence du prêtre et des témoins ; et, cependant, les promesses de mariage étaient tenues pour valables.

Mais, si l'on fait abstraction du point de vue historique, si l'on placé exclusivement la question sur le terrain du droit moderne, l'argument de M. Meynial n'est nullement décisif à l'encontre de la théorie soutenant la validité du contrat de fiançailles. On conçoit aisément qu'immédiatement avant la création de l'état de choses définitif par le mariage, le législateur ait imposé l'accomplissement de certaines formalités à l'effet de s'assurer du libre consentement des époux. Car le mariage est un acte de la plus haute gravité par les obligations qu'il engendre entre époux et vis-à-vis des enfants à venir ; il importait donc, au moment où les fiançailles vont prendre fin, de s'assurer si réellement les parties ont bien voulu de l'union projetée ; si le consentement avait été arraché par la violence ou surpris par dol, les solennités dont la loi l'entoure au moment où l'acte décisif va être accompli, mettront à nu les vices dont la convention préparatoire pouvait être entachée.

Il est facile de réfuter l'argument basé sur une prétendue incompatibilité entre l'obligation légale de respecter le lien antenuptial et l'essence même de l'institution des fiançailles : le droit romain, l'ancien droit sanctionnaient ce contrat et cependant ne con-

serva-t-il pas, malgré toute l'importance qu'on put lui attribuer, un caractère provisoire, la situation définitive devant être celle créée par le mariage. Il faut se garder ici de commettre une confusion : que les rapprochements entre un jeune homme et une jeune fille n'engendrent aucune liaison contractuelle, nous n'en disconvenons pas ; mais si de ces relations, est résultée une promesse de mariage, promesse réciproque, celle-ci, prétendons-nous, oblige ses auteurs, dans les limites fixées par l'article 1142. L'article 1142, et c'est là notre argument décisif, est conçu dans les termes les plus généraux : « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts », dit la loi. L'application d'un texte aussi formel, aussi catégorique ne doit cesser qu'en présence d'une disposition non moins claire, non moins positive. Or, cette disposition n'existe pas.

M. Marcadé (1) raisonne en partant du principe que toute obligation par laquelle une personne lie-rait indéfiniment sa liberté pour quelque cause et de quelque manière que ce soit, est nulle comme contraire aux lois et aux bonnes mœurs : « Il est, dit-il, des exceptions ; le mariage ; mais en est-il de même de la promesse de mariage ? Fait-elle exception à la règle que nous venons de signaler ? Non, une exception ne se présume pas ; il faut, si elle n'est pas écrite formellement dans la loi, qu'elle résulte clai-

(1) Marcadé, *op. cit.*, t. I, p. 416.

rement de son esprit. Or, il n'existe rien dans la loi, d'où l'on puisse induire cette exception pour les promesses de mariage. »

L'objection de M. Marcadé n'atteint pas les promesses de mariage, dès qu'un terme a été fixé pour la célébration de l'union conjugale, puisqu'il parle d'un engagement à durée indéfinie. Or que se passe-t-il dans la pratique ? Ne fixe-t-on pas au moment des fiançailles, une date au moins approximative au mariage ? Il est certain que si une partie laissait traîner les affaires en longueur, le co-contractant pourrait se dédire à son gré, nulle difficulté ne peut s'élever sur ce point, mais si nous rentrons dans le domaine des faits, si nous envisageons la généralité des hypothèses, nous nous trouvons hors du champ d'application de l'article 1780.

M. Glasson (1) repousse la validité des promesses de mariage, comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : « La liberté qui doit présider à la célébration du mariage, est d'ordre public ; rien ne saurait y porter atteinte ; toute convention de nature à la réduire ou à la modifier est radicalement nulle, qu'elle soit intervenue entre les deux futurs époux, ou bien entre l'un d'eux et un tiers (art. 6 et 1133). »

Cette opinion est arbitraire, elle ne repose sur aucun texte positif. Les articles 6 et 1133 se conten-

(1) Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 146, n° 95.

tent de prohiber toutes conventions particulières, dérogeant aux lois qui intéressent la morale ou l'ordre social ; mais où est-il écrit que la reconnaissance de la validité des fiançailles porte atteinte aux principes que ces deux textes ont pour but de sauvegarder ? Dans la pensée des auteurs, cette atteinte résulte de ce que nous nous trouvons en présence d'un acte intéressant la personne, pour lequel, par conséquent, une entière liberté est requise. C'est l'avis de Laurent, lorsqu'il écrit : « le but, l'objet des promesses de mariage, disait Toullier, est le plus honnête, le plus louable, le plus conforme aux lois et à la morale, à quoi je réponds : à condition qu'il soit contracté en pleine liberté, car un mariage forcé est une source de désordres et d'immoralité » (1).

Ces considérations ont une grande force, mais on peut leur opposer qu'il est certainement peu conforme à la morale et à la stabilité des rapports sociaux de tolérer un manquement à une promesse et d'assurer l'impunité au coupable. C'est le cas de redire la parole de Toullier : « On ne doit faire un choix qu'avec réflexion et maturité, mais quand une fois on l'a fait, il faut s'y tenir, si l'on n'a pas de motifs légitimes pour se dégager. » (2)

Si l'on pénètre au fond des choses, on s'aperçoit bien vite que les différences qui séparent notre théorie de celle que nous venons de combattre, ne sont

(1) Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 412.

(2) Toullier, *op. cit.*, t. VI, p. 334.

pas aussi sensibles qu'on pourrait le croire tout d'abord. Nous nous trouvons ici en présence d'un phénomène bien connu en législation comparée : le phénomène de la convergence des doctrines, d'après lequel les conceptions les plus contradictoires en apparence, offrent souvent le spectacle de rapprochements étranges et de multiples points communs. D'une part, Toullier admettait la validité des promesses de mariage, mais il rejetait toute mesure coercitive, toute contrainte directe par laquelle le promettant serait astreint, pour ainsi dire *manu militari*, à exécuter ses engagements ; il ne reconnaissait au demandeur, conformément aux termes bien précis de l'art. 1142, que le droit d'intenter une action en indemnité pour le préjudice qu'il avait subi du fait de la rupture : d'autre part, les auteurs qui méconnaissent le lien des fiançailles n'admettent pas davantage, la plupart du moins, que le dommage causé par une rupture injustifiée ne donne pas lieu à réparation. Ne pouvant logiquement se baser sur l'art. 1142, ils trouvent un fondement dans l'article 1382 (1), qui, consacrant une notion d'équité la plus élémentaire, doit avoir, disent-ils, une portée absolue d'application. Demolombe, par exemple, déclare qu'il n'y a aucune raison ici de déroger aux prescriptions de cet article, d'autant plus que « s'il y a dommage, il proviendra d'un acte de perfidie ou de déloyauté. Or, un époux

(1) Duranton, *op. cit.*, éd. 1844, t. X, p. 308 ; Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 412 ; Demolombe, t. I.

ne peut se jouer impunément de l'autre, après l'avoir constitué en frais » (1).

En réalité, si la doctrine était conséquente avec elle-même, si elle voulait sérieusement assurer le plein exercice du consentement et cette indépendance complète dont elle proclame l'absolue nécessité au profit de l'engagement solennel à mariage, elle devrait enlever au futur toute crainte d'une condamnation à des dommages-intérêts. Comme le font remarquer bien à propos les termes d'un pourvoi formé par le sieur Jangot contre un arrêt de la Cour de Lyon, qui avait vu dans un refus de la part de l'intéressé, un délit l'obligeant à une réparation, « ce n'est pas assurément en lui expliquant qu'à la vérité une condamnation est certaine, mais qu'elle sera poursuivie contre lui, en vertu non des articles 1142 et 1149 du Code civil, mais de l'article 1382 du même Code, qu'on rendra au futur le libre exercice de sa volonté » (2).

Nous ne voudrions pas cependant exagérer les points de contact des deux systèmes doctrinaux au point de prétendre une identité absolue entre eux.

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. I, p. 41.

(2) Dalloz, 77-1-86. — « M. Huc, critiquant les opinions doctrinales qui, pour la plupart, accordent des dommages-intérêts eu égard au préjudice matériel et moral souffert par le demandeur, déclare qu'on ne peut admettre de semblables décisions qu'à la condition de considérer les promesses de mariage comme obligatoires, et les artifices de rédaction ne pourront empêcher qu'il en soit ainsi : on fait produire à ces promesses, sous forme de dommages-intérêts, des conséquences en opposition directe avec leur caractère », Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, p. 15.

L'intérêt pratique qui s'attache à leur distinction est plus considérable aujourd'hui que dans l'ancien droit. Jadis, lorsqu'une clause pénale avait été jointe à une convention, les tribunaux étaient autorisés à en modérer le taux, si celui-ci leur paraissait excessif. Ils pouvaient donc limiter les dommages-intérêts au préjudice subi. Ces pouvoirs leur ont été enlevés par le Code ; la convention fait la loi des parties, une stipulation de peine lie le juge. Il devient dès lors plus intéressant de se demander si la convention des fiançailles vaut comme contrat, ou si elle n'est qu'un simple projet qui n'engage ni l'une, ni l'autre des parties.

Ici, les partisans de la nullité des promesses de mariage croient triompher, et dressent un tableau navrant des tristes résultats auxquels va aboutir l'obligation pour le juge de respecter aveuglément la volonté des parties contractantes : « Une personne, s'écrie Duranton, sous l'empire de la séduction, dans le désordre d'une passion qui la subjugue tout entière, va souscrire à une clause pénale absorbant sa fortune, car les passions ne calculent pas, et elle se trouvera ainsi placée entre la nécessité de contracter une union qu'elle repousse ou de perdre sa fortune ! » (1).

Cruelle alternative, à la vérité, mais qui ne se réalise pas aussi fréquemment que le laisse supposer

(1) Duranton, *op. cit.*, éd. 1834, t. X, p. 334. Voir aussi contre la validité des clauses pénales, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 233, note 25.

Duranton. Sacrifier toute sa fortune à l'entraînement d'une passion est un acte bien trop coûteux pour ne pas donner à réfléchir à beaucoup de gens. Les passions, du reste, sont surtout vives à un âge où l'on n'a pas, ordinairement, une grosse fortune personnelle, où l'on a l'espérance de successions futures ; or les articles 791, 1130, 1600, interdisent les pactes sur succession à venir. D'ailleurs, quelle institution juridique ne contient pas en elle le germe de certaines injustices ? « Où est la loi, dit Toullier, qui n'occasionne quelques abus en certains cas ? Si les dispositions du Code peuvent en des cas particuliers très rares, entraîner quelques inconvénients, ils sont plus que compensés par le grand avantage de prévenir une foule de procès, par la stabilité des conventions et des transactions sociales ? » (1) Est-il besoin d'ajouter qu'au cas de stipulations abusives de pénalités, le juge admettra facilement la présomption de dol ?

Les seules concessions que nous pourrions accorder à nos adversaires seraient le rejet du *lucrum cessans* dans le calcul de l'indemnité. Pothier, nous l'avons vu, n'était pas allé jusqu'au bout des conséquences de sa théorie ; jamais, il n'avait pensé que le plaignant dût être remboursé des divers avantages qu'il pourrait espérer de l'union attendue (2). Le mariage n'est pas une affaire d'argent ; les époux ne

(1) Toullier, *op. cit.*, t. VI, p. 335.

(2) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, chap. 1^{er}, p. 34.

doivent pas se laisser dominer par des considérations pécuniaires en promettant leur consentement ; quel motif justifierait donc la réparation de la perte d'une situation qui aurait été avantageuse, si elle s'était réalisée, mais qu'on n'a pu légitimement escompter ?

Toullier ne se laisse pas arrêter par l'objection et poursuivant son assimilation des promesses de mariage aux conventions ordinaires, il décide que le Code n'ayant pas entendu excepter les promesses de mariage des règles ordinaires des contrats, il faut appliquer le droit commun (1). L'interprète ne saurait refaire la loi, la jurisprudence, se soustraire à son application. Merlin et l'auteur des *Pandectes* ne se prononcent pas.

Les considérations que nous venons de faire valoir, nous paraissent suffisantes pour écarter une opinion qui a certainement toutes les apparences de la logique. Nous pensons qu'il est manifestement contraire à la nature même du mariage, de permettre à un futur, frustré dans ses espérances, de réclamer les avantages pécuniaires sur lesquels il comptait : « Pour être passible de dommages-intérêts, dit M. Sourdat, il faut avoir lésé un droit personnel ou réel, car si l'on blessait de simples convenances, des espérances non réalisées, des attentes en un mot, il n'y aurait pas dommage de nature à constituer son auteur en faute et à l'obliger à des dommages-inté-

(1) Toullier, *op. cit.*, t. VI, p. 323 et 332.

rêts. » (1) Or, si le futur peut, à juste titre, espérer le mariage, il n'a pas droit acquis à la situation pécuniaire qui aurait été la conséquence de l'union réalisée.

Est-il besoin d'ajouter qu'une convention par laquelle un tiers s'engagerait à assurer le consentement de quelqu'un à une promesse de mariage, serait nulle comme ayant pour objet une chose illicite, ne pouvant former la matière d'une convention, et que, par conséquent, si un prix avait été stipulé comme rémunération du service rendu par l'agent matrimonial, ce prix ne pourrait être réclamé ? « On ne saurait trop condamner, dit M. Glasson, cette industrie des entremetteurs toute nouvelle dans nos mœurs et qui consiste à traiter du mariage comme s'il s'agissait de l'achat d'un immeuble ou d'un établissement industriel. » (2) M. Huc (3) n'apporte cependant pas à cette question une réponse absolue ; il proclame sans doute la nécessité du libre consentement des futurs à la promesse de mariage, mais discutant sur l'obligation au prix promis à l'intermédiaire, il distingue suivant que la stipulation de ce prix a pour objet « le remboursement des dépenses justifiées et même d'un légitime salaire, auquel cas, dit-il, cette stipulation est valable, pourvu que son effet ne soit pas subordonné au succès du

(1) Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. I, p. 485, n° 444.

(2) Glasson, *op. cit.*, p. 144.

(3) Huc, *op. cit.*, t. II, p. 20-21.

mariage projeté, ou que le tiers entremetteur s'est engagé à faire le nécessaire pour déterminer le consentement de cette personne et s'est obligé finalement à procurer ce consentement lui-même, auquel cas la convention est nulle (1).

Cette distinction est fort juste, car ainsi que le fait remarquer l'auteur dans la première hypothèse, l'intermédiaire est, au fond, un mandataire salarié ; dans la seconde, le véritable objet du contrat est la promesse du consentement, ce qui est manifestement contraire au caractère essentiellement personnel du mariage.

Que décider cependant au cas où deux pères de famille ont convenu d'une stipulation pénale pour le cas où l'engagement à mariage passé entre eux n'aboutirait pas à effet ?

Toullier résout cette question (2) par une distinction : si une clause est dirigée contre celui des deux qui s'opposerait au mariage, qui ne donnerait pas son consentement, elle vaut, puisqu'elle favorise la li-

(1) On avait cependant soutenu la validité de ces conventions, dans diverses consultations signées par les avocats les plus éminents du barreau de Paris : Ces conventions, disait-on, ne portent pas atteinte à la liberté, à la dignité du mariage, puisque l'intermédiaire ne fait que proposer, fournir des renseignements, aplanir les difficultés qui peuvent s'élever : c'est le prétendant qui apprécie personnellement et décide. M. Troplong approuvait également cette théorie, lorsqu'il écrivait : « la convention peut établir que le salaire ne sera dû qu'en cas de succès. Cette convention n'a rien d'illicite ; elle rentre dans le domaine de la volonté des parties. » Troplong, *Du mandat*, t. XVII de son *Traité général du Code civil*, n° 252, p. 265.

(2) Toullier, *op. cit.*, t. VI, p. 331, n° 303.

berté des mariages ; si elle est stipulée pour le cas où l'enfant refuserait le mariage, elle est nulle comme gênant la liberté des unions matrimoniales.

Cette distinction nous semble critiquable : favoriser de parti pris la liberté des mariages est certainement un mal, c'est s'exposer à dépasser son but. Si la loi a exigé l'approbation paternelle jusqu'à un certain âge, n'est-ce pas en vue de l'intérêt exclusif de l'enfant, pour lui éviter des unions dolosives ou dont il n'est pas à même de saisir les conséquences pour l'avenir ? Une promesse de mariage n'en doit pas moins rester l'œuvre personnelle de l'intéressé, c'est-à-dire de l'enfant : contractée par un autre que lui, elle sera nulle et sa nullité entraînera celle des conventions accessoires qui l'accompagnent « *accessorium sequitur principale* ».

SECTION II. — De l'indemnité à allouer au plaignant.

La question de la validité des promesses de mariage étant résolue, il importe de se demander quels sont les éléments dont le juge devra tenir compte dans son évaluation de l'indemnité. Nous avons rejeté le *lucrum cessans* comme fondement de dommages-intérêts ; nous nous demandons maintenant si la partie lésée par une rupture illégitime, doit obtenir une réparation intégrale du préjudice qui lui a été réellement occasionné.

La victime d'une telle rupture éprouve ordinairement deux sortes de dommages : un dommage matériel, pécuniaire, car la préparation de l'union conjugale exige certaines dépenses, et ces débours sont parfois considérables. On a pu être amené à effectuer des voyages en vue de rechercher les pièces requises par la loi pour la célébration du mariage ou pour réaliser des achats rendus en quelque sorte nécessaires par la situation sociale des époux ; le contrat de mariage a été passé devant notaires, des publications ont été faites, des dispenses obtenues, un gros laps de temps s'est écoulé en pure perte dans tous ces préparatifs de noce. Le dommage va donc se trouver fort important si les relations étaient parvenues à un degré avancé lors de la rupture. Mais en même temps qu'elle entraîne une forte perte de temps et d'argent, l'inexécution d'un mariage projeté ne va-t-elle pas jeter un certain discrédit sur la partie délaissée, surtout si cette personne est la jeune fille. Quels racontars ne risque-t-elle pas de susciter dans le public ! Quel beau sujet de conversation pour les mauvaises langues ! Cela ne va-t-il pas apporter certaines entraves à un nouvel établissement ? Mais à supposer même, ce qui sera rare, que la malignité publique ne soit pas mise en éveil, le seul fait de l'atteinte à l'honneur ou aux sentiments les plus légitimes d'amour-propre ne suffit-il pas à légitimer une action en dommages-intérêts ?

La doctrine est très divisée sur tous ces points. Certains auteurs nient qu'une lésion extrapatrimo-

niale puisse jamais donner lieu à une réparation pécuniaire. M. Meynial (1) prétend que la seule utilité des dommages-intérêts est de remettre dans le patrimoine la valeur que le délit en a fait sortir. Car enfin, comment estimer en argent un dommage moral sans tomber dans l'arbitraire ? Une telle condamnation affecterait nécessairement le caractère de peine privée (2).

La réponse à cette théorie est facile. Dans combien de cas autres que ceux d'un préjudice moral, la réparation sera-t-elle adéquate au dommage ? Peut-on apprécier à son juste prix la perte résultant de la destruction d'une chose très rare, d'un objet d'art, d'un bien auquel son antiquité a attaché une valeur énorme ? Quelle appréciation ne renferme pas un peu d'arbitraire ? M. Chausse a très bien fait ressortir les conséquences déplorables de cette doctrine : « De ce que le dédommagement ne peut être qu'approximatif, s'ensuit-il qu'il doive faire défaut ? Peut-on hésiter entre l'auteur et la victime d'un délit ? L'honneur et la considération sont des biens aussi précieux que la fortune et ont droit à une protection au moins égale » (3).

Le préjudice moral peut donc et doit être réparé ; cependant, ne faut-il pas faire échec à cette règle

(1) Meynial, *Revue pratique*, 1884, p. 440.

(2) En ce sens, l'article de M. Laborde dans la *Revue critique*, 1894, p. 28.

(3) Chausse, *Revue critique*, 1895, 441, in fine et 442.

générale, en matière de promesses de mariage ? La négative est certaine pour les auteurs qui admettent leur validité ; pour les autres, les solutions sont plus douteuses. Dire que la promesse de mariage est nulle, n'est-ce pas affirmer le droit de se rétracter librement ? La pleine liberté qui doit présider à la célébration du mariage et qui, « pour n'être illusoire, doit exister sans trouble, sans arrière-crainte jusqu'au moment de l'engagement solennel devant l'officier d'état-civil » (1), ne va-t-elle pas se trouver entravée, gênée par l'obligation aux dommages-intérêts ? Ne s'oppose-t-elle pas à la réparation du préjudice moral, et aussi à la compensation de la perte matérielle qu'a subie le patrimoine ?

Aucun jurisconsulte n'a entièrement approuvé ces conséquences ; nul n'a pensé que si la rupture de l'engagement avait pour cause la mauvaise foi, le désir de faire un plus riche mariage et autres raisons illégitimes, on devait laisser sans dédommagement la partie victime de l'inconstance ou de l'égoïsme de l'autre. Mais certains désaccords se sont produits sur les principes justificatifs de l'indemnité et, par suite, sur l'étendue de la réparation.

La plupart ont fait appel à l'article 1382, dont la formule est si large et répond à un si impérieux besoin d'équité qu'elle embrasse toutes les hypothèses. Ils réclament, en conséquence, une réparation

(1) Dalloz, t. XXXI, p. 181.

intégrale des deux sortes de préjudices signalés (1).

Duranton seul est contraire : « Si, dit-il, sur la foi d'une convention arrêtée entre deux pères de famille ou entre deux personnes, il y a eu des dépenses faites, comme des emplettes de noce, des dispenses d'Eglise pour cause de parenté, les frais d'un festin préparé, celle des parties qui a fait ces dépenses, doit être indemnisée par l'autre qui ne veut plus célébrer le mariage, car ces dépenses ayant été faites d'un commun consentement, celui qui rompt l'accord, doit indemniser l'autre partie ou sa famille, en vertu du principe de l'article 1382. Mais ce sont là les seuls dommages qui soient dus. » (2)

Nous ne pouvons nous empêcher de relever l'illogisme de cette doctrine. De deux choses, l'une : ou bien appuyer l'obligation aux dommages-intérêts sur l'article 1382, et alors, conclure à la réparation du préjudice moral, ou bien chercher un autre fondement à l'action. C'est ce qu'a tenté M. Huc (3).

M. Huc commence par critiquer l'assimilation généralement adoptée en doctrine, d'une rupture sans motifs, avec un délit ou un quasi-délit. « Une telle solution, dit-il, peut mener fort loin ; ainsi, il a été jugé que l'inexécution d'une promesse de mariage donne lieu à des dommages-intérêts, lorsque le

(1) Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 414-415; Demolombe, *op. cit.*, t. I, p. 46; Sourdat, *Respons.*, t. I, p. 500.

(2) Duranton, *op. cit.*, éd. 1844, t. X, p. 308, n° 321.

(3) Huc, *op. cit.*, t. II, p. 14-15.

refus est injustifié et qu'en exposant la femme à la malignité publique, elle rend plus difficile son établissement, et lorsqu'en outre, sur la foi de cette promesse, la femme a fait des dépenses et a abandonné son ancienne profession. On peut donner de semblables motifs dans toutes les espèces. D'ailleurs, les juges ne peuvent faire un grief au fiancé de ne pas avoir donné de motifs et substituer à la sienne leur appréciation personnelle. Mais il n'a pas à donner de motifs ! Un Romain à qui on reprochait de délaisser une femme irréprochable, répondit : « Moi seul puis savoir où mon soulier me blesse ». Et il termine en affirmant que les solutions doctrinales aboutissent à la reconnaissance de la validité du lien des fiançailles.

Nous souscrivons très volontiers aux considérations émises par M. Huc. Si l'on y réfléchit, qu'est-ce au fond que l'article 1142, si ce n'est une application aux obligations conventionnelles du principe posé en l'article 1382. L'inexécution d'une obligation de faire se résout-elle en dommages-intérêts, lorsqu'elle n'a occasionné aucun préjudice à celui qui comptait sur l'accomplissement du fait promis ? Il a toujours été entendu que l'intérêt était la mesure des actions : pas d'intérêt, pas d'action par conséquent. En substituant au caractère contractuel le caractère délituel, la doctrine a cru transporter la question des promesses de mariage sur un tout autre terrain ; en réalité elle a donné à ses protestations en faveur de la nullité d'engagements de cette nature, la valeur de pures déclai-

ractions de principe ; elle a continué à reconnaître aux promesses de mariage une certaine validité, puisqu'elle déclare fautif celui qui y a manqué. Or, il n'y a pas faute, là où il n'y a pas violation d'un droit. Voir une faute dans l'inexécution d'une promesse de mariage, c'est avouer que celui qui s'était engagé à célébrer l'union, a droit acquis à ce que son co-contractant tienne ses engagements.

M. Huc ne croit cependant pas que la rupture, quoique parfaitement libre, dégage celui qui se retire de toute responsabilité, mais il ne réclame que le remboursement des impenses qui ont été faites et que motivait le projet d'union. Il reconnaît, à l'effet de l'obtenir, une sorte de *condictio causa data, causa non secuta*.

C'est en vue de satisfaire les exigences de l'équité naturelle que M. Huc a ressuscité la vieille institution romaine de la *condictio*. La théorie est pourtant loin d'être pleinement satisfaisante en équité pure. En n'autorisant que le remboursement des sommes réellement déboursées, elle laisse sans compensation aucune, des préjudices tout aussi réels et sérieux. Et nous ne visons pas seulement les suites fâcheuses que peut entraîner la rupture d'une promesse de mariage contre l'honneur et la bonne réputation du jeune homme ou principalement de la jeune fille ; nous avons égard également à des dommages qui ont un caractère nettement pécuniaire : temps qui a été perdu dans les préparatifs de noce, obstacle qui va s'opposer à un nouvel établissement,

car, dit M. Jacomet, « c'est dans nos mœurs un préjugé absurde, mais tenace, qu'une jeune fille éconduite, bien que sans raison, ne mérite plus d'être élevée à la dignité d'épouse, au moins par un homme de son rang ou de sa condition (1) ». Doit-on la laisser sans aucun recours, victime d'un caprice, d'une infidélité, d'une mauvaise foi évidente ?

La théorie qui nous paraît le mieux concilier les besoins impérieux d'équité avec la nullité des promesses de mariage, est celle de l'abus de droit appliquée à notre matière. Cette théorie a reçu, depuis quelques années, de gros développements et pris une extension considérable. Répudiée encore par quelques-uns (2), elle rencontre d'ardents défenseurs chez de nombreux jurisconsultes (3). Bien qu'elle ne soit pas formellement inscrite dans nos recueils de lois, elle est suffisamment justifiée par l'esprit et les tendances des rédacteurs du Code civil de doter la France d'une législation avant tout équitable et reposant

(1) Jacomet, thèse Montp., 1902, p. 153.

(2) M. Planiol, notamment, ne conçoit pas qu'on puisse abuser d'un droit : « Le droit cesse, dit-il, où l'abus commence ». Planiol, *Cours de droit civil*, éd. 1907, t. II, p. 281, n° 871. Il est facile de répondre que si on englobe parfois sous le nom d'abus du droit, des hypothèses où le titulaire dépasse son droit, plutôt qu'il en abuse (bruit provenant d'une usine, fonctionnement d'une industrie malsaine), il est des cas, au contraire, où l'exercice du droit seul est mis en cause ; tel le fameux cas du propriétaire qui avait fait élever une cloison à la distance voulue de la propriété voisine, uniquement en vue de nuire au voisin. Les tribunaux l'ont obligé à démolir à ses propres frais.

(3) Voir notamment M. Charmont, *Revue critique*, 1898, p. 137 et *Revue trimestrielle*, 1902, p. 113 ; M. Jean Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, p. 132.

entièrement sur la bonne foi. Les tendances qui n'ont fait que s'accroître pendant tout le cours du XIX^e siècle sont manifestement contraires à l'ancienne maxime des Romains : « *neminem lædit qui suo jure utitur* ».

« Il répugne aujourd'hui, écrit M. Jacomet, à notre conscience juridique plus affinée de laisser les facultés légales s'épanouir sans entraves. Aucun des droits individuels n'est sans contrepoids. Chacun doit être maintenu dans un juste équilibre, et restreint dans les limites normales et moyennes, car tous ont une mesure au-delà de laquelle leur exercice devient illégitime et constitue un abus qui, pour aucun d'eux, ne saurait être toléré. » (1)

Ainsi donc, libre à celui qui désire rompre une promesse de mariage, d'agir selon sa volonté ; il en a le droit, mais s'il en use d'une façon intempestive, sans raisons sérieuses, alors que des dépenses ont été effectuées en vue de la conclusion du mariage, que l'honneur de la future a été engagé, sa bonne renommée compromise, il ne saurait se retirer impunément. Les tribunaux le condamneront à des dommages-intérêts, sans pouvoir lui reprocher cependant de s'être soustrait à une convention valable.

Il importe de préciser davantage et d'examiner s'il est nécessaire pour l'obtention de l'indemnité, de

(1) Jacomet, thèse Montp., 1902, p. 143. Les Romains eux-mêmes n'avaient jamais reconnu, contrairement à ce que l'on croit aujourd'hui, que le droit de propriété puisse être exercé sans restrictions, sans limites.

démontrer l'intention malveillante ou si l'absence de motifs graves suffit à légitimer une condamnation. Si l'on entend la théorie de l'abus du droit à la façon du Code allemand (1), on adoptera la première solution, mais avec ce système, la victime n'obtiendra pas souvent satisfaction. En effet, rares seront les cas où la seule pensée de nuire aura inspiré la conduite de l'auteur de l'abandon, et d'ailleurs il n'est pas commode d'administrer une telle preuve. Il nous semble que la logique permet d'aller plus loin. Nous nous trouvons en présence d'une théorie toute d'équité, qui n'est consacrée par aucun texte. Pourquoi ne pas lui donner sa pleine extension, et ne pas conclure à la réparation soit du préjudice matériel, soit du préjudice moral occasionné par la rupture injuste d'une promesse de mariage, réservant aux tribunaux le soin de statuer sur ces matières délicates, à la faveur des circonstances ?

SECTION III. — *Le préjudice résultant d'une grossesse doit-il donner lieu à réparations ?*

Le problème que nous nous posons maintenant, a un rapport direct avec celui que nous venons de résoudre, car nous le limitons aux hypothèses où est intervenue une promesse de mariage, mais il mérite

(1) « Nul ne peut exercer son droit pour un motif illégitime, par pure malveillance », proclame l'article 226 du Code allemand.

d'être traité à part, à raison de son importance pratique et des solutions spéciales qui doivent lui être données. Très souvent, lorsque s'élèvera devant les tribunaux une demande d'indemnité pour préjudice résultant d'une rupture de promesse de mariage, le dommage résultera d'une grossesse et les réclamations seront fondées sur les dépenses que nécessitent la nourriture et l'entretien de l'enfant.

La prétention de la fille-mère devra-t-elle être accueillie et l'auteur de la grossesse condamné à réparer les conséquences de son acte ?

Malgré toute l'étendue du champ d'application que nous avons reconnue à la théorie de l'abus du droit et quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte relativement à la validité des promesses de mariage, nous devons répondre négativement : une femme qui s'est laissée aller aux entraînements de la passion par une fallacieuse promesse, se trouve désarmée vis-à-vis de son séducteur et ne peut intenter aucune action en responsabilité contre lui. L'article 340 réclame impérieusement cette solution, en interdisant absolument toute recherche de paternité.

Comment démontrer, en effet, que tel individu a causé le préjudice, sans établir qu'il est le père de l'enfant, puisque c'est de la grossesse que découle ce dommage ? Le syllogisme semble parfait, et pourtant, il n'a pas convaincu tous les auteurs.

Laurent fait échec au principe d'irresponsabilité du père naturel, lorsque celui-ci a souscrit un engagement en faveur de la femme séduite et de l'enfant

auquel elle a donné le jour. Voici son raisonnement : il y a devoir naturel à remplir par celui qui se reconnaît père de l'enfant ; loin donc qu'un tel engagement soit repoussé par l'ordre public et les bonnes mœurs, il est impérieusement ordonné par la conscience, il est donc moral « et la loi ne le réprouve pas ; puisqu'elle permet au père naturel de reconnaître son enfant, pourquoi, et a fortiori, ne pas lui permettre de remplir vis-à-vis de lui une partie de ses devoirs, en pourvoyant à ses nécessités ? » (1)

Il suffit de remarquer que la loi a réglementé les formes de la reconnaissance volontaire de paternité, et qu'en dehors des solennités requises, aucune reconnaissance ne saurait valoir. La question serait donc plus discutable si, par acte devant notaire, l'au-

(1) Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 163.

Duranton déclare que l'écrit par lequel un individu, sans faire une reconnaissance formelle, accorde à son enfant naturel une pension alimentaire, ou lui promet, ou à sa mère pour lui, une somme annuelle ou fixe, doit être considéré comme engendrant une obligation juridique. Pour le justifier, il recourt à la théorie de la cause ; « les tribunaux, dit-il, pourraient le décider ainsi sans contrevenir à aucune loi, car l'obligation n'en est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée. Et si le souscripteur de celle dont il s'agit soutenait qu'elle est nulle, parce qu'elle repose, dirait-il, sur un fait chimérique de paternité, qu'elle est ainsi sans cause, et que c'est au demandeur, s'il prétend qu'elle en a une, à le prouver, son système de défense, en le supposant fondé en principe, pourrait bien n'avoir aucun succès, parce que les juges verraient très probablement la cause de l'obligation dans le fait de la paternité, quoique non légalement reconnu. »

Cette explication est très ingénieuse, mais elle est anéantie par l'obligation où se trouvent les juges de s'arrêter, de ne pas pousser plus loin les débats et de débouter le demandeur, en vertu de l'art. 340, sitôt que la démonstration du demandeur aboutirait à une reconnaissance de paternité non solennellement avouée.

teur de la grossesse, sans avouer formellement sa paternité, s'était simplement engagé à subvenir aux frais de l'enfant. On pourrait alors, interprétant de bonne foi ou d'après les termes de l'acte qui le constate, un engagement conclu en bonne et due forme, obliger son auteur à l'exécuter. Mais Laurent suppose une simple promesse sous seing privé, laquelle est certainement insuffisante pour motiver une condamnation contre le séducteur. Laurent paraît, d'ailleurs, se réclamer plutôt du droit naturel que du droit civil : que la justice appuie ses opinions, c'est un point hors de doute, mais elle se trouve précisément en opposition ici, avec un texte qui est trop formel pour qu'on puisse l'écarter.

M. Demolombe (1) émet son avis sur la question qui nous occupe à propos des motifs légitimes de rupture. Il se demande si la grossesse de la future épouse motive l'inexécution d'une promesse de mariage, lorsque le futur en est lui-même l'auteur, et il opte pour la négative.

N'est-ce pas rechercher la paternité ? « Je réponds, non, dit-il, la femme ne conclut pas à ce que tel soit déclaré père de l'enfant ; elle demande des dommages-intérêts uniquement parce que cet homme a rompu sans raisons légitimes une promesse de mariage, elle invoque enfin contre lui l'article 1382 » (2).

M. Demolombe tombe dans la même erreur que

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. III, p. 43, in fine et 44.

(2) M. Glasson enseigne la même doctrine, *op. cit.*, p. 161, n° 102.

Laurent, car, qu'est-ce qui va provoquer l'application de l'article 1382 ? Précisément, cette paternité dont la recherche est interdite. Le principe de l'article 1382 a une portée générale, d'accord, mais si pour certains cas déterminés, il se heurte à une disposition contraire de la loi, ses applications cessent : « *specialia derogant generalibus* ».

M. Demolombe poursuit : « Si vous opposez à la femme sa grossesse, si vous prétendez en induire contre elle une fin de non-recevoir, et au profit du défendeur une cause légitime de refus et d'immunité, je dis qu'elle est fondée à repousser, par voie d'exception et de défense, ce moyen par lequel vous prétendez combattre son action en dommages-intérêts. Elle pourra donc vous suivre sur ce terrain où vous la provoquez vous-mêmes et prouver, non pas que le futur est le père de l'enfant (tel n'est pas l'objet du procès), mais qu'il résulte de toutes les circonstances de l'espèce qu'elle ne mérite pas le reproche d'inconduite qu'on lui adresse et que, finalement, le défendeur n'a point de cause légitime de refus qui puisse l'affranchir des dommages-intérêts. Et bien plus, je crois alors que le préjudice résultant pour la future délaissée de cette grossesse même, pourra être pris en considération par le juge dans la fixation des dommages-intérêts. »

M. Demolombe oublie que les principes relatifs à la recherche de maternité et à celle de paternité ne sont pas les mêmes ; bien mieux, ils sont opposés. La première est permise : le futur pourra donc invo-

quer la grossesse de la femme pour justifier l'abandon, mais si, à son tour, la jeune fille veut riposter en disant : mais cette grossesse que vous me reprochez, elle provient de vous, c'est vous l'auteur, vous le coupable, elle ne sera point admise dans ses réclamations. Un pareil résultat apparaîtra aux yeux de tous comme monstrueux, mais il est la conséquence logique, nécessaire de l'article 340. Pourquoi donc distinguer entre l'action et l'exception, puisque toute voie, tout moyen aboutissant à la reconnaissance de paternité est rigoureusement prohibé ? Et si la lettre du texte était impuissante à fournir la conviction, l'historique de l'article retirerait les derniers doutes.

Dans l'ancien droit, on autorisait les tribunaux à accueillir les plaintes et doléances des femmes contre leur prétendu amant. Ce système avait donné lieu aux plus révoltants abus : « l'homme dont la conduite était la plus pure, n'était pas à l'abri des attaques d'une femme impudente ou d'enfants qui lui étaient étrangers » (1). On connaît la parole de Tronchet : « les filles qui voulaient donner un père à l'enfant que vingt pères pouvaient réclamer, poursuivaient le plus riche de leurs amants ». Les procès de ce genre étaient fréquents et devenaient une plaie sociale.

Le Code a voulu couper court à tous ces scandales.

(1) Toullier, *op. cit.*, t. II, p. 228.

La loi du 14 brumaire an II y avait déjà remédié, mais d'une façon imparfaite : elle déclarait que la preuve de la possession d'état des enfants naturels pourrait résulter de la présentation d'écrits publics ou privés, ou de la suite de soins donnés à titre de paternité et sans interruption tant à leur entretien qu'à leur éducation et qu'il en serait de même à l'égard de la mère. Le Code est allé jusqu'au bout et a décidé que la paternité ne serait reconnue en justice qu'avouée, suivant certaines formes, par son auteur. Le passage de Demolombe est un magnifique plaidoyer contre l'article 340, mais il n'a aucune valeur en l'état actuel de la législation. Toute réclamation de dommages-intérêts doit prendre fin, sitôt que sa justification nécessite la recherche par une voie quelconque soit directe, soit indirecte, d'une paternité non volontairement reconnue par acte authentique (1).

SECTION IV. — *Motifs légitimes de rupture.*

Nous venons de voir que, sauf dans l'hypothèse d'une recherche de paternité, l'inexécution d'une promesse de mariage entraînait pour son auteur l'obligation d'en réparer vis-à-vis du plaignant, les

(1) Voir Marcadé, *Revue critique*, 1853, p. 197, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 31 ; Delvincourt, *Institutes de droit civil français*, t. I, p. 127, *Journal du palais*, 1852, 2, 536 ; Toullier, *op. cit.*, t. II, p. 229.

conséquences préjudiciables. Nous avons raisonné sur le cas d'un engagement rompu sans motifs plausibles, résultat d'un caprice, de l'inconstance de caractère. Mais il peut arriver que certaines circonstances indépendantes de la volonté de celui qui délaisse et que ce dernier ne pouvait raisonnablement prévoir, viennent apporter de graves modifications à la situation première : conduite désordonnée, infirmité grave, changement de fortune. La situation est désormais telle que si l'un des futurs l'avait connue, il n'aurait pas consenti aux préliminaires nuptiaux, au projet d'union. Doit-on lui faire un grief de ne pas se montrer fidèle à sa promesse ?

Les écrivains de droit canonique et nos anciens auteurs ont pris soin, pour la plupart, d'indiquer assez minutieusement les justes causes d'abandon. Pareille préoccupation ne se retrouve pas chez les jurisconsultes modernes : ils se contentent de décider que des dommages-intérêts doivent être alloués au demandeur, à moins que l'adversaire invoque des motifs justificatifs d'un refus. Le silence du Code sur les fiançailles explique cette concision, mais la grande raison réside dans la latitude laissée aux tribunaux sur la solution des difficultés de ce genre, dans le pouvoir souverain d'appréciation qui leur est reconnu.

M. Demolombe (1) a jugé utile de limiter l'arbi-

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. III, p. 42-43.

traire du juge en précisant certains points ; il s'est même essayé à condenser tous les exemples possibles dans la formule suivante : « ce qu'on peut dire en règle générale, c'est que la promesse de mariage est subordonnée à la condition que la situation demeurera la même jusqu'au jour de la célébration, et qu'il ne se découvrira , ou qu'il ne surviendra aucun changement tel qu'un des futurs soit fondé à dire qu'il n'aurait pas accepté ce nouvel état de choses, s'il avait pu le connaître. »

C'est fort imprécis, et quelque peu paradoxal. M. Demolombe cite des exemples : une condamnation criminelle ou correctionnelle, une infirmité survenue à l'un des futurs, une diminution notable de sa fortune, par une faillite ou un accident quelconque, la grossesse de la future, sauf si le futur en est l'auteur.

Nous nous sommes expliqué sur ce dernier cas. Pour ce qui est des autres hypothèses, l'énumération de M. Demolombe n'est pas complète, ni toujours exacte : une condamnation correctionnelle, par exemple, ne légitime pas toujours une rupture, notamment si elle est motivée par un délit politique ; c'est le cas des catholiques qui, lors des récentes querelles religieuses, ont comparu devant la justice correctionnelle, et encouru des condamnations qui laissaient leur honneur intact. Certaines condamnations, même de droit commun, ne paraîtront pas suffisantes pour justifier une rupture ; le juge devra tenir compte de la condition sociale des individus. Les solutions sont plus douteuses, relativement aux

condamnés pour crimes politiques, non pas que ces sentences atteignent l'honorabilité du condamné, mais il peut en résulter pour lui une situation de fait qu'il serait bien dur de faire subir à la future épouse.

L'infirmité doit être assez grave pour légitimer un abandon, mais est-il nécessaire qu'elle soit survenue depuis l'engagement ? Il semble que si le défendeur invoquait une juste cause d'erreur ou d'ignorance, les tribunaux devraient l'accueillir. Solutions analogues en cas de grave maladie.

Constitue également un motif de refus, une mauvaise conduite, une vie désordonnée, la découverte d'antécédents coupables, et, sur tous ces points, les tribunaux auront les plus grands égards pour le rang social des personnes en cause. Il est nécessaire ici d'ajouter l'observation fort juste de Pothier : « si, depuis que j'ai découvert pareille chose que j'ignorais au temps des fiançailles, j'ai continué à fréquenter ma fiancée, je deviens par là non recevable à alléguer cette chose pour me faire décharger de mon engagement. » (1)

Certaines hypothèses offrent plus de difficultés. M. Demolombe (2), à la suite de Pothier (3), soutient qu'une diminution notable de fortune légitime une rupture. Il est utile de distinguer ici : si l'individu atteint du revers de fortune demande lui-même une

(1) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 60, n^o 63.

(2) Demolombe, *op. cit.*, t. III, p. 43.

(3) Pothier, *C. de mar.*, 2^e partie, p. 37, n^o 60 et 38, n^o 61.

rupture, qu'il regrette sans doute, mais que sa position nouvelle lui impose, les tribunaux partageront des sentiments aussi louables, et écarteront toute condamnation à des dommages-intérêts. Si, au contraire, cette perte d'argent motivait l'abandon de la part du co-contractant, l'hésitation serait permise. Ce n'est pas qu'il s'agisse de savoir « s'il n'y aurait pas alors plus de noblesse de cœur à ne pas s'éloigner du futur malheureux ou ruiné », mais, restant sur le terrain du droit pur, on peut se demander si la justice pourrait exempter de tous dommages-intérêts, ou, du moins, modérer la condamnation. D'une part, en effet, le mariage est un acte dont la nature répugne aux considérations pécuniaires ; d'autre part, il crée des charges qui deviennent plus lourdes à mesure que la famille s'accroît. Il faudrait, à notre sens, examiner si la situation de fortune permet de subvenir à l'entretien d'une famille, eu égard à la situation sociale des époux, et les tribunaux devront se montrer larges dans leur appréciation, les familles nombreuses entraînant beaucoup de frais. Ces considérations suffisent à trancher le point de savoir si une augmentation subite et considérable de fortune autorise à délaisser sa fiancée.

M. Jacomet (1) voit une cause légitime de rupture dans le refus du père de consentir à l'union, lorsque le fiancé n'a pas atteint sa majorité matrimoniale.

(1) Jacomet, thèse Montp., 1902, p. 148-149.

Car, dit-il, le fiancé qui s'est abouché avec un mineur n'est pas intéressant ; en négligeant de demander l'autorisation familiale, il paraît bien avoir abusé de la faiblesse ou de l'inexpérience de celui avec qui il a traité.

Il est évident que c'est pour prévenir de dangereux entraînements et des fautes irréparables, que la loi a imposé la protection familiale à l'enfant. Mais, trancher d'une façon aussi absolue la question des dommages-intérêts, nous paraît excessif. En effet, la promesse de mariage peut être intervenue après l'établissement des relations, en vue d'aboutir à l'acte sexuel ; s'il est démontré que c'est le mineur qui a abusé de la faiblesse de l'autre, comment reprocher à ce dernier de ne pas avoir sollicité l'autorisation paternelle et ne pas obliger le mineur qui ne veut ou ne peut s'exécuter, à réparer le dommage subi par son co-contractant ? Nous approuvons, au contraire, pleinement M. Jacomet lorsqu'il déclare responsable le père qui, par pur caprice, s'oppose au mariage, et dont le refus a amené l'enfant à rompre les fiançailles (1 et 2).

Cette théorie des justes motifs de rupture a ren-

(1) Jacomet, thèse Mont., 1902, p. 149, note 3.

(2) Dans l'ancien droit, l'entrée dans les ordres religieux était un juste motif de rupture ; il n'en serait pas de même aujourd'hui où les prescriptions du droit canonique sont abandonnées et où le mariage des prêtres est permis. Mais à coup sûr, ce serait un motif légitime vis-à-vis de l'autre partie, car bien que la loi civile ignore la religion, les juges doivent tenir compte, avant tout, des circonstances de fait. Il n'en serait peut-être pas de même d'un changement de religion, bien que, nous le répétons, tout soit une question de fait.

contré un adversaire chez M. Huc. M. Huc (1) dénie aux tribunaux le droit de rechercher les circonstances qui ont amené le refus. Il s'agit, d'après lui, de faits trop intimes pour être l'objet d'une appréciation judiciaire. L'auteur de l'abandon est seul capable de les apprécier. Les juges doivent, dans tous les cas, condamner à la restitution des dépenses faites en vue de l'union.

Les solutions aboutissent à des résultats trop choquants pour pouvoir être admises : placer sur la même ligne le fiancé manifestement coupable et celui qui, pour couper le lien des fiançailles, a obéi aux sentiments les plus légitimes, condamner irrémédiablement à la restitution des déboursés, sans que le juge puisse en augmenter ou modérer le montant, suivant les torts, les fautes respectives des parties, n'est-ce pas favoriser l'inconstance et la mauvaise foi ? Les juges, sans doute, doivent procéder avec beaucoup de prudence, ainsi que leur recommande M. Demolombe, mais il doit y avoir des degrés dans les condamnations ; la justice exige que les dommages-intérêts varient suivant la culpabilité du condamné.

SECTION V. — *Preuve de promesses de mariage.*

Les modes de preuve admis à l'effet d'établir une promesse de mariage, paraissent, au premier abord,

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, p. 14-15.

dépendre de la théorie reçue relativement à la question de validité de ces engagements. Si l'on décide, comme Toullier et Merlin, que le Code a rangé les fiançailles au nombre des contrats, on les soumettra, sans contredit, aux règles des conventions ordinaires et on leur appliquera le système de preuves préconstituées, établi par l'article 1378. Si, au contraire, on méconnaît leur existence juridique, si on assimile leur rupture à une faute délictuelle, ne va-t-on pas élargir le domaine probatoire et autoriser les témoignages et les simples présomptions ? C'est l'avis de MM. Demolombe et Glasson (1). Pressentant l'objection tirée de ce qu'en règle générale, la preuve par témoins et par présomptions n'est autorisée que lorsqu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale (art. 1348), ils répondent que ce n'est pas la promesse de mariage par elle-même et par elle seule qui a causé le préjudice dont la réparation est demandée : « c'est toute la conduite de l'époux réfractaire, dit M. Demolombe ; ce sont toutes les circonstances qui s'y rattachent, c'est le fait même, en un mot, fait qui ne constitue pas une faute contractuelle, mais un quasi-délit. »

Nous ne contestons pas que les juges peuvent être éclairés par n'importe quelle voie probatoire, sur les fautes des parties, sur le dommage occasionné au futur délaissé, et aussi, conformément à l'article 1341,

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. III, p. 53 ; Glasson, *op. cit.*, p. 160, n° 101 ; Sirey, année 1865-1-36.

sur les dépenses qui n'excèdent pas 150 francs, mais encore faut-il que les réclamations du fiancé aient une juste cause. Pourquoi exiger sans motifs la restitution d'un présent ? Comment justifier le préjudice subi, si ce n'est précisément en démontrant l'existence de la promesse de mariage, puisque cette promesse en a été le point de départ ?

Il faudra donc réunir les conditions exigées par le droit commun des obligations conventionnelles, c'est-à-dire se présenter muni d'un sous-seing privé fait en double ; les témoins ne pourront être entendus que si l'on possède un commencement de preuve par écrit. Quant à l'avou et au serment litisdécisoire, il va sans dire qu'ils établissent la promesse d'une manière irréfragable.

Une difficulté se présente au sujet des lettres missives. M. Jacomet (1) y voit une forme de l'avou extrajudiciaire ; il décide, en conséquence, qu'elles doivent faire pleine foi contre le signataire de tout ce qui s'y trouve avoué à son avantage, sauf le cas de contestation d'écriture.

Nous préférons les assimiler à des commencements de preuve par écrit, sous peine, nous semble-t-il, de réduire presque à néant la portée de l'article 1347. Car le plus souvent, ce sera un échange de correspondance que l'on placera sous les yeux du tribunal. Si cette correspondance doit faire pleine

(1) Jacomet, thèse Montp., 1902, p. 170.

foi, pourquoi cette nécessité d'une preuve complémentaire imposée par l'article 1347 ? « Ce qui caractérise l'aveu, dit M. Demolombe (1), c'est qu'il est fait avec l'intention formelle de donner à une autre personne le droit de s'en prévaloir comme d'une preuve. » Il ne suffit donc pas que les termes de la lettre dénotent l'intention de s'épouser, pour former une preuve complète. Ainsi M. Jacomet cite deux arrêts de la Cour de Bourges (2) ; la future avait invoqué à l'appui de sa demande de dommages-intérêts les deux lettres suivantes : « Seulement, mademoiselle, je n'y tiens plus, il faut que cela finisse pour mon bonheur et mon chagrin, c'est dans quelque temps que je pourrai vous parler ainsi qu'à vos parents. Je désire de tout mon cœur avoir le don de posséder tous les dons de vous plaire et de me faire aimer de vous comme je vous aime déjà », et dans la deuxième : « mon cœur est avec toi, plutôt mourir que de te quitter, chère mignonne, douce chérie que j'adore ». Il est certain que ces deux lettres sont des moyens, des arguments propres à établir un commencement de preuve de la promesse de mariage, mais ce ne sont pas des aveux, au sens juridique du mot, c'est-à-dire des déclarations faites avec l'intention de fournir une preuve toute préparée contre soi, à la partie adverse.

Né pourrait-on cependant pas dans certaines hy-

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, p. 416, n° 450.

(2) Bourges, 24 novembre 1899 et 7 novembre 1900.

pothèses, tirer la preuve d'une promesse de mariage, des circonstances ? Toullier l'a pensé (1), il décide que si les deux parties ont donné l'ordre d'afficher les publications de mariage ou ont laissé sciemment apposer ces affiches, cet ordre, cette tolérance renferment nécessairement la promesse réciproque de l'accomplir, et celui qui s'y refusera sera condamné à des dommages-intérêts.

Nul doute que dans ces deux exemples, on ne se trouve en présence d'une promesse de mariage tacite, mais on doit se garder soigneusement de multiplier les hypothèses de ce genre : un accord de volontés en vue d'arrangements pré-nuptiaux ne peut s'induire que dans les cas où l'intention des parties n'est pas douteuse et lorsque les faits la démontrent jusqu'à l'évidence.

Il en serait autrement si l'on voulait établir la promesse non point d'une façon principale, mais simplement à l'appui de l'allégation qu'un billet souscrit sans que la cause soit indiquée, n'est autre chose qu'un dédit de mariage. C'est un principe presque unanimement reconnu que tous les moyens sont bons à l'effet de démontrer une fraude ou un dol. On lui a opposé l'article 1347 qui défend de prouver pour et outre le contenu des actes; en deuxième lieu, l'article 1353 d'après lequel seules les présomptions sont admises au cas de fraude ou de dol : il faut donc rejeter au moins la preuve testimoniale.

(1) Toullier, *op. cit.*, t. VI, p. 336, n° 302.

Le premier argument est détruit par le texte de l'article 1353 ; le second ne peut s'appuyer que sur la rédaction de l'article 1353, rédaction qui est certainement défectueuse et peu conforme aux intentions bien arrêtées des rédacteurs du Code civil, car dans la séance du 14 pluviôse an XII, Joubert (1) s'exprimait ainsi : « la morale publique exige que la preuve testimoniale soit admise en matière frauduleuse, et c'est là que le juge doit pouvoir faire usage de toute sa perspicacité pour pénétrer tous les replis de l'homme artificieux. » M. Glasson (2) observe fort judicieusement qu'une distinction entre les simples présomptions et la preuve testimoniale consacrerait une anomalie d'autant plus choquante qu'en pratique, les simples présomptions s'établissent le plus souvent par témoins.

(1) Rapport de Joubert au Tribunat. Voir Loqué, *Législation civile et commerciale de la France*, t. XII, p. 534.

(2) Glasson, *op. cit.*, p. 151.

CHAPITRE IV

ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE

L'œuvre jurisprudentielle a été plus considérable que pourrait le laisser croire le mutisme du Code sur les promesses de mariage. C'est qu'en effet, les fiançailles, délaissées par le droit, sont restées vivantes dans les mœurs ; elles continuent à être le préliminaire habituel de l'union conjugale. La nature humaine demeure identique à elle-même, au milieu des bouleversements sociaux, les mêmes besoins individuels se font toujours sentir ; ce n'est pas un revirement de législation, dicté, avant tout, par des considérations politiques, qui les fera disparaître.

Comme la doctrine, et presque parallèlement à elle, la jurisprudence a subi une évolution dont les termes ne sont pas encore tous bien fixés. Il est un point cependant où elle s'est refusée à suivre les errements des jurisconsultes : c'est dans l'interprétation de l'article 340. Par ailleurs, elle s'est assez fidèlement engagée dans la voie qui lui était tracée par les auteurs et a confirmé leurs solutions. Nous nous poserons donc les mêmes questions qu'au sujet des théories doctrinales et dans l'ordre que nous avons suivi.

SECTION PREMIÈRE. — *De la validité des promesses
de mariage.*

La jurisprudence s'est pendant longtemps montrée fort hésitante à condamner la validité des promesses de mariage. Le plus grand nombre des cours d'appel proclamaient qu'une telle convention, étant l'effet de la volonté (1), existait sous le Code aussi bien que sous les anciennes lois et devait produire les mêmes conséquences, puisqu'elle formait un contrat synallagmatique contenant l'engagement de faire (2). Un arrêt est allé jusqu'à déclarer que l'article 1142 devait être respecté principalement en matière de promesses de mariage, le manquement à ces promesses « ayant pour l'ordinaire les conséquences les plus fâcheuses » (3).

Il semblait que la théorie de la validité du lien antenuptial était appelée à triompher. Il n'en fut rien cependant : sous l'influence, sans doute, des nouveaux commentateurs du Code civil, les souvenirs du l'ancien droit s'étant effacés, un courant contraire d'opinions s'établit et les mêmes cours qui avaient sanctionné le contrat de fiançailles, le méconnurent désormais.

(1) Toulouse, 8 mars 1877, D, t. XXXI, p. 180.

(2) Trèves, 5 février 1808, D, t. XXXI, p. 179.

(3) Nîmes, 6 août 1806, D, t. XXXI, p. 179. Voir aussi arrêt de Colmar, 13 mai 1818, D, t. XXXI, p. 179.

Les doctrines de Toullier n'avaient, d'ailleurs, jamais su recueillir l'unanimité des décisions judiciaires. Dans un arrêt très ancien de la Cour de Besançon (1), on lit l'attendu suivant : « Attendu que sur la question de savoir si l'intimée doit des dommages-intérêts pour la seule inexécution de la promesse de mariage qu'elle a faite à l'appelant, qu'aucune loi n'établit une telle obligation contre elle et que l'article 1142 n'est pas applicable au contrat de mariage pour lequel une liberté spéciale est nécessaire... » Un arrêt de 1812 n'est pas moins formel, en déclarant que toute clause pénale jointe à un contrat de mariage est « nécessairement et essentiellement nulle », car il est de l'essence du mariage d'être le produit « de la volonté actuelle et parfaitement libre des parties ».

La Cour de cassation a toujours été favorable à cette dernière façon de voir. La Chambre civile rejeta le pourvoi contre l'arrêt d'Amiens ; en 1821, nouveau pourvoi sur le même point, qui fut arrêté cette fois par la Chambre des requêtes et repoussé comme concluant à la validité des promesses de mariage (2).

Certaines cours d'appel résistèrent (3) ; chez d'autres se manifestèrent des hésitations, des tâtonnements, témoin le curieux arrêt de Metz de 1818 (4) ;

(1) Besançon, 8 mai 1811, D, t. XXXI, p. 177.

(2) Amiens, 30 mai 1812, D, t. XXXI, p. 183.

(3) Req. 24 juillet 1821, D, t. XXXI, p. 183.

(4) Toulouse, arrêt précité 8 mai 1857, et Montpellier, 11 août 1836, D, t. XXXI, p. 181.

les magistrats, craignant peut-être de se tromper dans leur option, prirent le sage parti de se référer à la fois aux articles 1142 et 1382 pour asseoir la condamnation à des dommages-intérêts, et il est impossible de dégager de leurs considérants une préférence pour l'un ou l'autre des deux textes législatifs.

L'arrêt décisif, celui qui a fixé la jurisprudence, date du 11 juin 1838 (1) ; le 3 avril 1834, il avait été passé entre le sieur de Lavit fils et Rosalie Bessière, servante du sieur de Lavit père, un contrat de mariage contenant promesse réciproque de s'unir à la première réquisition de l'un ou de l'autre. Une clause de l'acte portait que ladite Rosalie se constituait avec tous ses biens présents et à venir comme dotaux, une somme de 10.000 francs qu'elle avait remise à de Lavit, son futur, en numéraire, et laquelle ce dernier reconnaissait avoir reçue. Le sieur de Lavit ayant refusé de contracter l'union, la demoiselle Bessières demanda le remboursement des 10.000 francs, et à fin de condamnation, 11.000 francs de dommages-intérêts. Le défendeur soutint que la prétendue lettre était un dédit de mariage, offrant de le prouver par témoins, et que la promesse de mariage étant nulle, aucuns dommages-intérêts ne pouvaient être dus.

(1) Metz, 18 juin 1818, D, t. XXXI, 180. Voir aussi l'arrêt de Rennes, 11 août 1836, D, t. XXXI, p. 182. La Cour est bien aise que l'engagement sur lequel elle est appelée à statuer, soit une simple promesse de réparer le préjudice subi, car ainsi « est inutile l'examen de la grosse question de savoir si, comme le disait la Cour de cassation, ces pactes sont frappés d'une nullité absolue ».

Laissons la question de dédit qui ne nous intéresse pas pour le moment ; en ce qui concerne les dommages-intérêts, l'arrêt de la Cour royale ayant accordé 300 francs à titre de réparation pour simple inexécution sans excuses, ni motifs légitimes, fut cassé par la Cour suprême, qui déclara : « Attendu que le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut par lui-même motiver une condamnation à des dommages-intérêts, puisque ce serait, sous une nouvelle forme, porter atteinte à la liberté des mariages, etc..., casse ».

Quels motifs sont donc invoqués pour justifier cette réaction contre le passé ?

Un seul est mis en avant par les Tribunaux et Cours d'appel : c'est la pleine liberté qui doit présider à la célébration des mariages. Les premières décisions judiciaires qui ont refusé le caractère juridique au pacte pré-nuptial ont insisté beaucoup sur cette notion d'indépendance complète que le futur doit conserver jusqu'à l'engagement solennel (1) ; cela était naturel à une époque où la question de validité des promesses de mariage était l'objet de nombreuses controverses et où la théorie contraire paraissait être celle de l'avenir. On ne s'y étend plus guère aujourd'hui, mais on proclame toujours le principe (2).

(1) Voir les arrêts précités de Besançon, 8 mai 1811 ; d'Amiens, 30 mai 1814 ; de Gand, 19 juin 1835.

(2) C'est ce que fait un jugement très récent du Tribunal de la Seine, 18 décembre 1907.

Les conséquences des conceptions jurisprudentielles sont la nullité des clauses pénales attachées à l'obligation principale d'exécuter l'engagement et le rejet dans le calcul de l'indemnité allouée au demandeur, du gain que celui-ci aurait retiré du mariage, s'il s'était accompli.

De très nombreux arrêts, dans les commencements surtout, ont eu à statuer sur les clauses de dédit et tous ceux qui repoussaient la validité des promesses de mariage, prononçaient la nullité de ces stipulations accessoires. La Cour de cassation ne s'est jamais départie de l'application de ces principes ; la jurisprudence des tribunaux et cours d'appel est constante depuis l'arrêt du 16 août 1836 (1). Le dernier arrêt rendu en la matière a été prononcé par la Cour de Dijon, le 27 mai 1892 (2) : « Attendu, dit-il, que les premiers juges ont considéré cet écrit comme constatant, au principal, une promesse de mariage, et, accessoirement, une clause pénale établie en vue de l'inexécution de la promesse ; qu'ils ont été ainsi amenés par une exacte application de la loi à en prononcer la nullité... » La question ne se plaide plus aujourd'hui.

Il a été jugé cependant et avec raison, que si, en

(1) Rennes, 16 août 1836, D., t. XXXI, p. 188.

(2) Dijon, 1892, D. Voir Cass. 21 déc. 1814, section civile, D., t. XXXI, p. 183, 24 juillet 1821 ; Req., D., t. XXXI, p. 183 ; 7 mai 1836, D., t. XXXI, p. 184 ; 24 mars 1845, D., 45-1-177 ; et pour les Tribunaux et Cours d'appel, Gand, 19 juin 1835, D., t. XXXI, p. 180 ; Riom, 12 août 1846, D. 46, 2, 179 ; Nîmes, 25 janvier 1835, D., t. XXXI, p. 185 ; Tribunal correctionnel de Lyon, 10 juillet 1869, D., 70-5-210.

principe, les clauses dont nous nous occupons en ce moment avaient une cause illicite, des billets remis en blanc pour garantir l'exécution d'une promesse de mariage pourraient être valablement endossés à titre de dédit, lorsqu'ils auront été signés, pour acquitter une obligation naturelle. Ces arrêts sont anciens (1), mais ils feraient jurisprudence si la question se représentait devant les tribunaux.

En ce qui concerne le *lucrum cessans*, il est regrettable qu'il n'ait pas fait l'objet de décisions de la part des cours ou tribunaux qui reconnaissaient aux promesses de mariage une pleine efficacité. On ne saurait découvrir un seul arrêt qui se soit expliqué sur lui, mais nous croyons qu'aucun n'a entendu faire rentrer dans les éléments constitutifs des dommages-intérêts autre chose que le dommage positivement subi par le plaignant. Il ne faudrait pas interpréter dans le sens contraire, le considérant de la Cour de Metz (18 juin 1818) (2), d'après lequel si une indemnité n'est pas accordée à l'appelante, c'est parce qu'« elle ne souffre pas un tort au point de lui faire manquer une union égale en avantages à celle à laquelle l'intimé se refuse ». La Cour fait allusion à l'absence, en l'espèce, du préjudice matériel, réel, qui consiste dans les difficultés que la partie délaissée éprouve d'ordinaire à se procurer un établissement aussi avantageux que le premier. C'est là une

(1) Le dernier date de 1836, il émane de la Cour de Cassation.

(2) D., t. XXXI, p. 181.

théorie qui, nous l'avons vu, est reçue par la majorité de la doctrine et que de nombreux arrêts ont confirmée. Si la Cour de Metz avait reconnu à la fiancée un droit à indemnité pour le *lucrum cessans*, elle l'aurait purement et simplement indemnisée de la perte éprouvée par elle du fait de son co-contratant, elle n'aurait pas balancé de simples espérances et un droit acquis (1).

Avant de terminer l'examen de la nullité des promesses de mariage, nous devons signaler la condamnation par la jurisprudence de toute convention par laquelle un tiers s'engagerait à user de son influence en vue d'amener quelqu'un à contracter mariage, stipulant en retour, sous la condition de réussir, une prime calculée moins en raison de ses soins, de son activité dépensée, qu'en vue du succès et selon l'importance du résultat. Le motif est la nécessité d'assurer la liberté du consentement, la réflexion dans le choix des époux et des parents qui ont autorité sur eux pour un acte qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société. L'intervention d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic doit être impitoyablement rejetée. Tels sont à peu près les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1855 (1). La Cour de

(1) Bien des arrêts tiennent compte des suites désavantageuses d'une rupture par rapport à un second établissement. On peut affirmer que c'est là aujourd'hui la jurisprudence constante.

Poitiers avait, deux ans auparavant, adopté les motifs d'un jugement de Niort, qui réprouvait « le rôle déloyal de celui qui, guidé par l'intérêt seul, ne s'est pas fait scrupule de vendre son influence » (2). Il faut s'entendre néanmoins sur le sens des arrêts et prendre garde d'en exagérer la portée : tous admettent que si le tiers avait joué un pur rôle de mandataire, la convention n'aurait rien d'illicite, tout mandat méritant salaire. Ils n'annulent que les stipulations à forfait subordonnées à la condition du succès du mariage projeté (3). C'est la distinction qu'a développée M. Huc.

SECTION II. — *De la réparation des divers dommages causés.*

Cette question d'indemnité a été controversée en jurisprudence pendant la première moitié du XIX^e siècle, et n'est pas encore tranchée d'une manière bien précise.

Certaines cours, voulant pousser jusqu'au bout les conséquences du motif donné par la jurisprudence pour justifier la nullité des promesses de mariage, savoir : l'éloignement de tout souci, de toute crainte de nature à troubler le libre exercice du consente-

(1) Sirey, 55-1-348.

(2) Poitiers, 9 mars 1853, S., 53-2-656.

(3) Voir arrêt de Paris, 8 février 1862, S., 62-2-377.

ment des futurs époux, ont débouté le plaignant de toute action en dommages-intérêts. Ces arrêts sont rares, on n'en relève guère que deux : le premier se signale par sa méconnaissance absolue de l'abus du droit (1) : « Attendu que l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut se résoudre en dommages-intérêts qui en seraient le subrogé, ce qui est d'autant plus juste que celui qui se rétracte ne fait alors réellement qu'user de son droit et, partant, ne fait de tort à personne, met l'appel à néant. » Le deuxième, plus récent (2), décide que la rupture d'une promesse de mariage ne donne pas lieu à des dommages-intérêts, lors même qu'il s'en serait suivi une grossesse, car, dit-il, chacun de ces faits (promesse de mariage et grossesse), pris isolément, envisagé dans ses conséquences directes et dégagé de tout incident dommageable, n'engendre que des devoirs moraux non reconnus par la loi civile et dont l'inexécution ne peut entraîner des dommages-intérêts ».

Ces arrêts n'ont pas fait jurisprudence. Il en est de même de ceux qui, un peu plus nombreux, mais plus anciens, s'en sont tenus strictement, dans leur évaluation des dommages-intérêts, au préjudice matériel et n'ont même entendu, certains du moins, ne rembourser au futur délaissé que les dépenses qu'il avait faites en vue de la célébration du mariage : la

(1) Gand, 19 juin 1835, D., t. XXXI, p. 180.

(2) Aix, 23 février 1865, S., 66 2-28.

Cour de Besançon (1) énumère « les provisions de bouche et de vêtements, les emplettes de dons d'usage à la future, les cadeaux de noce, à supposer même que l'intimée ne les ait pas reçus, ceux-ci n'ayant plus entre les mains de l'appelant la valeur qu'ils avaient pour l'usage auquel ils étaient destinés » ; la Cour de Toulouse (2) parle des frais occasionnés par le contrat de mariage, de ceux qui en ont été une conséquence directe et forcée, comme les frais de publications de bans. Au contraire, le dernier arrêt qui ait rejeté le préjudice moral comme base d'indemnité, veut comprendre dans la fixation de cette dernière, soit les pertes matérielles actuellement réalisées, soit celles qui seront la conséquence du tort fait à la réputation, telle que l'impossibilité de se procurer un nouvel établissement ou d'exercer un état à l'aide duquel on aurait été placé à l'abri du besoin (3). C'est donner à la notion du préjudice matériel sa portée la plus large, la plus étendue. Ce que l'arrêt repousse, c'est la réparation de ce préjudice moral qui consiste « dans les blessures faites à l'amour-propre ou au cœur du futur délaissé, dans les atteintes portées à son bonheur intime et autres préjudices de ce genre qui ne peuvent être ni matériellement, ni pécuniairement constatées ».

(1) Besançon, 8 mai 1841, D., t. XXXI, p. 177.

(2) Toulouse, 23 mai 1842, D. t. XXXI, p. 183. L'arrêt du 11 août 1846 de Riom, D. 46-2-279, est moins explicite. Il parle simplement d'indemniser du préjudice matériel, sans indiquer jusqu'à quel point il entend le réparer.

(3) Caen, 6 juin 1850, D., 55-2-178.

Ces décisions jurisprudentielles constituent l'infime exception et, dès les débuts du XIX^e siècle, les deux sortes de dommages moral et matériel faisaient l'objet de dommages-intérêts de la part des cours et tribunaux. Ceci se comprend : puisqu'on déclarait obligatoires les promesses de mariage, on était logiquement amené à réparer toutes les pertes morales et pécuniaires qui résultaient d'une rupture. Mais certains arrêts qui ne reconnaissent pas la validité de ces engagements préliminaires, concluaient à la même réparation intégrale, conformément aux termes et à l'esprit de l'article 1382.

Il est regrettable que les arrêts de la Cour suprême ne se soient pas mieux expliqués sur leur solution : ceux de 1814 et 1821 (1) se contentent de parler du « dommage réel, véritablement souffert par la partie réclamante ». Ces expressions portent à croire qu'ils faisaient rentrer les lésions extrapatrimoniales dans les éléments d'évaluation de l'indemnité. Les arrêts plus récents sont-ils plus précis ? On lit dans un attendu de la Chambre des requêtes du 14 février 1877 (2) : « Attendu que la rupture a occasionné à la demoiselle X... une grave atteinte, soit dans ses intérêts matériels, soit dans sa réputation... » Il semble que le tort moral soit ici visé, mais est-ce bien sûr ? N'est-il pas fait simplement allusion aux conséquences pécuniaires qui peuvent en résulter, par exem-

(1) D., t. XXXI, p. 183.

(2) D., 77-1-85.

ple à l'obstacle qui va sans doute s'opposer à un établissement aussi avantageux que le premier ? C'est ce que l'on ne saurait affirmer d'une façon bien certaine. Plus explicite est l'arrêt de Bordeaux du 8 mai 1900, et qu'a confirmé la Chambre des requêtes, le 12 novembre 1901 (1) : « Attendu qu'outre les dépenses en vue du mariage rompu à la veille de sa célébration, il doit être tenu compte du tort grave que lui a causé une rupture, dont ont souffert sa délicatesse et sa dignité, et qui peut dans l'avenir continuer à lui nuire ». La Cour s'exprime ici nettement sur ses intentions : les atteintes morales reçues par la future du fait de l'inexécution sont dégagées des suites fâcheuses qu'elles peuvent avoir au point de vue patrimonial et forment par elles-mêmes un chef de dommages-intérêts.

Reste à préciser davantage ce qu'entendent exactement les jugements et arrêts par dommage matériel et dommage moral, quels sont les éléments divers qu'ils y font rentrer. Tous prennent en considération, avant tout, les dépenses justifiées par le projet d'union, et certains, nous l'avons vu, s'en sont tenus là (1). L'immense majorité admet comme donnant lieu à indemnité toutes les conséquences de

(1) D., 1902-1-47.

(2) On pourrait interpréter en ce sens l'arrêt du 26 juin 1894 de la Cour de Paris, D., 95-2-86, qui décide que lorsqu'il n'est pas établi que la partie délaissée a subi un préjudice moral, la seule réparation doit consister dans le remboursement des dépenses faites exclusivement en vue du mariage. Mais on ne saurait affirmer que ce soit là la vraie pensée des juges, car, nous l'avons vu, bien des arrêts

la rupture, qui ont occasionné un dommage au patrimoine et, par exemple, le fait d'avoir dû suspendre son travail accoutumé (Nîmes, 25 janvier 1839 (1) ou d'avoir quitté un service avantageux et de se trouver sans place (tribunal de paix de Signy-le-Petit, 23 janvier 1868) (2), d'être exposé à ne pas trouver un aussi bon parti que celui auquel la fiancée aurait pu prétendre (Caen, 6 juin 1850) (3). Il faut cependant que ces conséquences désavantageuses aient, comme le dit la Cour d'Alger (4), « une relation directe et nécessaire » avec le projet matrimonial ; si les dépenses avaient eu pour cause la fantaisie du fiancé ou ses convenances personnelles, elle devraient lui être laissées pour compte. Par application de ces principes, la Cour n'a pas cru devoir l'indemniser « des bonbons et fleurs offerts à la jeune fille, pour se parer le jour de la célébration du mariage, de la robe enfin qu'il a cru utile de payer à une parente pauvre venue de loin, afin que celle-ci pût assister convenablement vêtue à la noce ». Le Tribunal civil de Lyon (5) a débouté le demandeur d'une action en indemnité pour une location faite en

ont confondu le dommage moral en lui-même et les conséquences pécuniaires qu'il entraîne, par exemple l'obstacle apporté à un nouvel établissement. L'arrêt n'en est pas moins très restrictif du dommage matériel, car il ne vise pas les pertes matérielles de temps et d'argent que le projet d'union peut avoir entraînées.

(1) D., t. XXXXI, p. 185.

(2) D., 69-3-21.

(3) D., 55-2-178.

(4) D., 95-2-230.

(5) D., 69-3-20.

vue « de la seule et fragile espérance d'une union projetée, avant même toute publication de bans et de contrat de mariage, car enfin les futurs époux doivent toujours tenir compte de la possibilité d'un changement de volonté jusqu'à la célébration de l'union ». C'est une pensée analogue qui inspire les arrêts décidant que dans l'estimation du montant des dommages-intérêts, il faut avoir égard à la position sociale et à la fortune des parties ; il est bien évident que si le demandeur s'était livré à des dépenses hors de proportion avec sa situation pécuniaire et son rang social, on ne saurait en rendre responsable son cocontractant.

Mais dans ces limites, on ne doit pas hésiter à restituer tous les frais motivés par le projet nuptial : aussi est-ce à bon droit que le Tribunal de Redon a ordonné le remboursement des frais de voyage que le frère de la future avait effectués pour accompagner sa sœur à l'autel, en l'absence du père prédécédé, cette solennité étant « dans l'ordre des convenances ».

Rien d'intéressant à relever sur le préjudice moral, après la distinction que nous avons établie entre les blessures morales en elles-mêmes et les torts matériels qu'elles ont pu causer. Notons un point cependant, c'est qu'un tel préjudice a paru à certaines cours devoir être surtout pris en considération, lorsque la rupture émanait du futur, non point seulement parce que les conséquences pécuniaires de l'atteinte portée à la réputation sont alors plus considé-

rables, mais parce que l'injure elle-même, l'affront offre un caractère de plus sérieuse gravité, lorsqu'il s'adresse à des personnes du sexe féminin (1). La Cour de Paris a jugé que le préjudice moral ne devait entrer que pour une faible part dans l'appréciation des dommages-intérêts, lorsque le refus provient de la future ou de sa famille (2).

SECTION III. — *Du préjudice résultant d'une grossesse.*

La jurisprudence est unanime à décider que le dommage qui résulte d'une grossesse doit donner lieu à des dommages-intérêts, sous réserve de certaines conditions de preuve. Malgré le texte précis de l'article 340, en dépit des arguments de la doctrine, elle admet la fille-mère qui se plaint d'une rupture de promesse de mariage, à intenter une action en indemnité contre l'auteur de la grossesse, pour réparer le préjudice occasionné par la naissance et l'entretien de l'enfant.

Peu d'arrêts ont respecté la disposition de l'article 340 ; la Cour de cassation s'y était rangée dans ses premières décisions du 16 mars 1806 et 10 mars 1808 ; elle avait refusé tous dommages-intérêts à la mère par la raison que « la paternité étant indivisible, un homme ne peut être père pour un cas et ne

(1) Voir arrêt de Toulouse, 8 mars 1827, D. t. XXXI, p. 179-180.

(2) Paris, 26 juin 1814, D., 95-2-86.

pas l'être pour l'autre ». Les cours d'appel résistèrent et finirent par l'emporter.

On ne saurait signaler comme décision dans le sens d'une prohibition absolue de recherche de paternité, l'arrêt du 3 février 1834 de Bastia (1), pas plus que celui du 14 juillet 1853 d'Aix (2), rejetant une demande d'aliments sous prétexte que la preuve de la paternité n'était pas recevable, car si on les rapproche d'un arrêt de Douai (3 décembre 1853) (3), on constate une distinction des plus subtiles entre les réclamations de cette nature, c'est-à-dire d'une pension alimentaire, et celles qui tendent à indemniser purement et simplement du préjudice résultant de l'inexécution de l'engagement prénuptial, ce préjudice serait-il une grossesse ? Quels arguments sont donc invoqués à l'appui de ce distinguo ? Contre l'obtention des aliments, on allègue que la reconnaissance d'un enfant naturel doit être constatée par acte authentique ; pour l'allocation des dommages-intérêts, on met en avant l'aveu fait par le père de l'enfant, j'e me trompe, par l'auteur de la grossesse, du dommage éprouvé par la fille-mère, à la suite de la grossesse, bien que cet aveu soit contenu dans un sous-seing privé (4).

(1) D., t. XXXI, p. 178.

(2) Aix, D., 55-2-133.

(3) Douai, D., 55-2-132-133.

(4) En ce sens Bordeaux, 23 novembre 1852, S., 53-2-247 ; Caen 6 juin 1850, D., 55-2-178. Les décisions les plus récentes ne sont pas tombées dans cette contradiction et ont admis, même pour la pension alimentaire, la recevabilité d'un simple sous-seing privé : Trib. de la

C'est, du reste, ainsi qu'il fallait s'y attendre, à l'aide de pures subtilités que la jurisprudence est parvenue à tourner l'article 340. Elle prend soin de passer sous silence l'expression de paternité, mais, passant à l'examen du préjudice causé par la grossesse, elle le déclare susceptible d'engendrer une réparation en vertu du principe d'équité posé en l'article 1382 (1).

Quelles conditions impose-t-elle ?

La simple séduction ne suffit pas, en l'absence de manœuvres dolosives ou de procédés violents ou abusifs ; il faut qu'elle ait été accompagnée d'une promesse de mariage et encore cette promesse doit-elle avoir précédé les relations sexuelles et en avoir été la cause déterminante, en d'autres termes, la promesse de mariage doit avoir été fallacieuse et employée comme moyen de séduction. Cela ressort avec beaucoup de netteté de l'arrêt de Dijon du 20 décembre 1867 (2). « Attendu qu'aux termes de l'article 1382, la responsabilité civile n'est encourue que lorsque la promesse de mariage a été employée pour vaincre la résistance de celle qui n'a cédé que sous l'empire d'un espoir mensonger ou d'un engagement méconnu ; que quelles que soient les conséquences

Seine, confirmé par la Cour de Paris, le 14 février 1877, D., 77-2-96 ; Orléans, 2 mars 1881, D., 82-2-244 ; Trib. civil Quimper, 15 mars 1905, D., 1905-5-36 et Trib. Paris, 28 mars 1905, D., 1905-5-36.

(1) Trib. de Castelsarrazin, confirmé par la Cour de Toulouse, le 5 juillet 1843, et par la Cour de Cassation, le 24 mars 1845, D., 45-1-77.

(2) Dijon, D., 68-2-48.

des relations illégitimes qui ont eu lieu entre les parties, il faut nécessairement distinguer si la promesse faite a été la raison déterminante de ces relations ou si la chute a été provoquée par la parole donnée ou si elle a été l'effet d'un entraînement mutuel, etc... » L'arrêt du 6 juin 1881 de Bourges (1) est particulièrement significatif : il reconnaît combien est digne d'intérêt la situation de l'appelante, elle est restée malade à la suite de ses couches, elle se trouve dénuée de ressources, incapable de subvenir à ses besoins et à ceux de son enfant; néanmoins sa réclamation contre son fiancé ne peut être accueillie, car « si la jurisprudence a pu prendre pour base des actions en dommages-intérêts la violation d'une promesse faite par un homme à une femme pour triompher de sa résistance, rien ne prouve que dans la cause Adolphe Grandpré ait eu besoin de faire une promesse de ce genre pour amener Joséphine Charton à céder à ses désirs, la correspondance d'Adolphe de laquelle on pourrait induire cette promesse, étant postérieure à l'époque où Joséphine Grandpré enceinte a quitté le service de la dame Grandpré ».

Les décisions les plus récentes confirment cette jurisprudence, que l'on peut considérer comme définitivement établie (2).

(1) D., 82-2-118.

(2) Voir : Orléans, 2 mars 1881, D., 82-2-244 ; Trib. civ. de Lille, 10 mars 1882, D., 85-5-414 ; Gand, 25 nov. 1882, D., 84-2-136 ; Douai, 18 mars 1895, D., 95-2-474 ; Nancy, 17 novembre 1896, D., 96-2-520 ; Trib. civil. de la Seine, 28 mars 1905, D., 1905-5-36.

SECTION IV. — *Motifs légitimes de rupture.*

Une hypothèse qui s'est présentée devant la Cour de Gand en 1835 (1), et qui serait certainement accueillie par tous les arrêts comme un cas de juste cause de refus, est celle d'une grossesse survenue à la fiancée depuis la promesse de mariage. C'est là, en effet, un acte d'infidélité, une violation de la foi promise, une rupture tacite des conventions établies (2). Mais à la grossesse, la jurisprudence assimile l'inconduite de l'un des futurs (3), question de fait dont les tribunaux sont les arbitres souverains.

Une excuse jugée valable est celle qui résulte de la minorité de l'un des fiancés. Mais de quelle minorité s'agit-il ? Est-ce de la minorité matrimoniale ou de celle du droit commun (4) ?

Les arrêts qui validaient les promesses de mariage décidaient que si, pour prononcer la nullité de ces promesses, et partant des clauses qui les accompagnent, il fallait prendre en considération la ma-

(1) Gand, 13 juin 1835, D., t. XXXI, p. 180.

(2) Nous avons discuté la question de la grossesse émanant du fiancé lui-même. Les échecs nombreux que la jurisprudence a fait subir à l'article 340, permettent de croire qu'elle partagerait l'opinion de M. Demolombe et accorderait des dommages-intérêts à la fiancée délaissée.

(3) Cela résulte, *a contrario*, d'un arrêt de Toulouse, 13 mai 1842, D., t. XXXI, p. 183.

(4) La question n'offre plus d'intérêt pratique depuis la loi récente du 21 juin 1907, qui a fait rentrer dans le droit commun, la majorité matrimoniale.

porité spéciale au mariage, il n'en était plus de même en ce qui concerne l'obligation aux dommages-intérêts : la capacité de s'engager pour les actes de la vie civile rend exécutoire l'engagement contracté de réparer les conséquences dommageables que peut avoir la rupture, sur le patrimoine ou la réputation de la jeune délaissée (1). La jurisprudence postérieure s'est montrée conforme à ces premiers arrêts (2).

La Cour d'Alger (3) a décidé que l'inexécution d'une promesse de mariage due au fait du père de la future, ne peut provoquer une réparation au profit du fiancé abandonné, si celui-ci ne prouve pas qu'elle lui a causé un préjudice et « a constitué de la part du père, un exercice abusif de ses droits ». Cet arrêt est intéressant à un double point de vue : il nous présente une application de la théorie de l'abus du droit, et c'est sur ce fondement qu'il distingue les cas où il y a lieu ou non d'allouer des dommages-intérêts ; en outre, il déclare qu'en cette dernière hypothèse, le fiancé peut exiger le remboursement des objets donnés exclusivement en vue du mariage, pourvu qu'ils aient avec le projet matrimonial une relation directe et nécessaire.

(1) Liège, 18 juillet 1822, D., t. XXXI, p. 187 ; Poitiers, 29 mai 1834, D., t. XXXI, p. 182 ; Rennes, 16 août 1836, D., t. XXXI, p. 188.

(2) Bourges, 6 juin 1881, D., 82-2-118. Les auteurs qui reconnaissent la validité du contrat de fiançailles sont en ce sens puisqu'ils assimilent les promesses de mariage à des conventions ordinaires. A vrai dire, Toullier n'en souffle mot, mais Merlin opte pour la majorité de droit commun. Merlin, *Répertoire*, t. V, p. 207.

(3) Alger, 9 avril 1895, D., 95-2-320.

Il y a dans cette solution quelque chose qui rappelle la doctrine de M. Huc d'après laquelle l'allocation de dommages-intérêts est en opposition directe avec le principe de la nullité des promesses de mariage, alors surtout qu'on justifie cette nullité par la nécessité d'accorder une liberté sans limites aux futurs jusqu'à la célébration de l'union. M. Huc désire cependant une indemnisation des dépenses légitimées par le projet de mariage (1). C'est bien ce que décide la Cour, mais elle ne limite ainsi la réparation qu'autant que le père n'aura pas commis un abus de droit. Or, quand pourra-t-on dire qu'il a abusé de ses pouvoirs d'opposition ? Jamais, sans doute, puisqu'il n'a pas à donner les motifs d'un refus ou d'une opposition. L'arrêt le reconnaît : « Attendu que ni la tardivité de l'opposition, ni le refus d'en donner les motifs n'ont pu être légalement imputés à celui-ci (au père) comme un fait dommageable, parce qu'ils n'ont été que le plein exercice de ce droit d'opposition que la loi lui confère jusqu'à la célébration du mariage « discrétionnairement, librement, sans contrôle ». La distinction du tribunal est donc purement théorique, sans portée possible d'application (1). En réalité, par con-

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, p. 15, n° 6 in fine.

(2) La Cour déclare que l'abus ne pourra résulter que de circonstances extérieures étrangères à l'usage du droit lui-même, mais quelles peuvent donc être ces circonstances, autrement dit, comment peut-on abuser d'un droit, dont l'exercice est laissé à l'entière discrétion de son titulaire, sans possibilité de contrôle ?

séquent, la pratique traditionnelle des cours et tribunaux se trouve écartée.

Il ne faudrait pas néanmoins exagérer l'importance de l'intervention familiale dans l'accomplissement de l'union projetée, sous peine d'aboutir à certaines injustices. L'arrêt de Limoges (20 décembre 1859 (1)), prévoyant l'hypothèse d'une promesse rétractée sans doute, par une jeune fille majeure, mais qui avait été faite pendant sa minorité et déboutant de ce chef le fiancé de tous dommages-intérêts, mérite jusqu'à un certain point, approbation. Au contraire, la décision de la Cour d'Alger nous semble critiquable, car elle a refusé tous dommages-intérêts à l'occasion de la rupture d'un engagement contracté par une personne majeure, agissant le plein et entier exercice de sa capacité. Si par déférence, par respect pour l'autorité paternelle, la jeune fille ne croit pas devoir tenir ses engagements, sa conduite est louable, mais il n'en résulte pas moins qu'il y a eu accord de volonté, promesse réciproque, obligeant, par conséquent, celui qui ne s'exécute pas, à réparer le préjudice causé par la rupture, puisque les motifs de cette conduite demeurent étrangers au jeune homme.

La jurisprudence tient compte pour débouter le demandeur de son action en indemnité, de la maturité de la jeune fille, de la différence d'âge avec le jeune homme, de l'infériorité dans la position sociale,

(1) D., 60-5-304.

dans la situation de fortune de l'une des parties et d'autres motifs de ce genre (1). Elle admet cependant que si l'auteur de la promesse a déclaré par écrit être tenu d'une obligation naturelle ou d'un devoir de conscience, dont il doit être laissé libre juge, il est alors passible de dommages-intérêts.

Les hypothèses sur lesquelles ont eu à statuer les tribunaux ne sont pas, on le voit, aussi nombreuses ni variées que celles que nous avons envisagées à propos de l'examen des théories doctrinales. Il est, en effet, certaines circonstances que l'on aime à garder secrètes, à ne pas livrer à la publicité des audiences : infirmité grave, maladie incurable, voire même changement subit de fortune. Les parties mettent fin de plein gré à leurs engagements, s'arrangent à l'amiable. Les tribunaux admettraient de telles excuses, si on les leur soumettait. Bien des décisions judiciaires expriment clairement leur désir de tenir compte de tout fait, de tout événement qui peut justifier les agissements de celui qui retire sa parole ; elles proclament que si, dans telle affaire, il y a lieu de condamner à des dommages-intérêts, c'est que « le refus d'exécution ne repose sur aucune base solide » (2), ou « sur aucun motif déter-

(1) Trib. civ. de Sevenay, 28 juillet 1865, confirmé à Rennes, 11 avril 1866, D., 66-2-184 ; Trib. civ. du Puy, 29 janvier 1869, D., 70-3-12 et 13 ; Angers, 2 déc. 1868, D., 69-2-242 ; Dijon, 9 juin 1869, D. 71, 5, 314 ; Gand, 25 nov. 1882, D., 84-2-136, Cass., 26 juillet 1864, S. 65-1-40 ; Bordeaux, 14 décembre 1864, S., 65-2-6.

(2) Colmar, 18 mai 1818, D., t. XXXI, p. 179.

minant » (1), qu'il a pour cause « le caprice ou la mauvaise foi » (2). Si l'on se porte aux arrêts plus récents, on lit dans les motifs d'un jugement de Pontoise, confirmés par la Cour de Paris (3) : « Attendu qu'un époux ne peut se jouer de l'autre impunément, et qu'après l'avoir mis en frais, il ne lui est pas permis de l'abandonner sans motifs sérieux ; attendu que l'inexécution d'une promesse de mariage est une cause de dommages-intérêts, lorsqu'elle repose sur un pur caprice.... » La jurisprudence comprend qu'il s'agit, en cette matière, de questions d'espèce : l'équité seule doit dicter les solutions.

SECTION V. — *Preuve des promesses de mariage.*

On remarque, sur ce point, un moins grand désaccord en jurisprudence qu'en doctrine, et il ne paraît pas que les théories de MM. Glasson et Demolombe aient jamais reçu un accueil favorable. Les arrêts qui sanctionnent une promesse de mariage à l'instar d'une convention ordinaire, appliquent évidemment l'article 1341, mais ces exigences se retrouvent pareillement chez ceux qui assignent à l'action en dommages-intérêts un fondement délituel ; tous, ou bien constatent qu'un écrit a été dressé, ou bien

(1) Montpellier, 20 mars 1835, D., t. XXXI, p. 180.

(2) Toulouse, 8 mars 1827, D., t. XXXI, p. 180.

(3) Paris, 26 juin 1894, D., 95-2-86.

déboutent le demandeur qui ne peut fournir au moins un commencement de preuve par écrit (1).

Les deux arrêts les plus explicatifs sont ceux de Gand (25 novembre 1882) (2), et de Grenoble (2 février 1897) (3). « Attendu, dit le premier, que la preuve ne peut être régulièrement admise que par la production d'un écrit constatant la promesse positive ou par l'aveu formel de celui contre lequel elle est invoquée ; attendu qu'on objecterait vainement, que s'agissant dans l'espèce d'un délit ou quasi-délit, la promesse ne peut être prouvée par témoins ou présomptions, que si l'article 1348 autorise la preuve testimoniale en matière de quasi-délit, c'est bien évidemment sous la condition qu'il y ait eu impossibilité pour le réclamant de se procurer une preuve écrite de l'obligation... etc. » Le deuxième arrêt consacre la même doctrine, mais il y apporte les tempéraments commandés par le texte même de l'article 1348 ; il admet la preuve testimoniale toutes les fois que le demandeur articule un ensemble de faits pour lesquels il a été impossible de se procurer une preuve écrite, ce qui a lieu lorsqu'on allègue des manœuvres dolosives, ou pour nous en tenir strictement à la matière des promesses de mariage, lorsqu'on prétend, ce qui était

(1) Besançon, 8 mai 1811, D., t. XXXI, p. 177 ; Toulouse, 11 juillet 1818, D., t. XXXI, p. 178 (un acte notarié avait été dressé) ; Orléans 2 mars 1881, D., 82-2-245 ; Cass. req., 12 mai 1901, D., 1902-1-47.

(2) D., 84-2-136.

(3) D., 98-2.

le cas en l'espèce, que le défendeur ne sait pas écrire.

Il est particulièrement une hypothèse où l'on ne saurait tenir rigueur au plaignant de ne pas s'être procuré une preuve écrite, c'est lorsque le projet d'union est arrivé à un degré très proche de la célébration et a amené l'accomplissement de certaines formalités manifestant jusqu'à l'évidence la ferme intention des futurs. Nous connaissons les deux exemples cités par Toullier ; les tribunaux ne sauraient les multiplier sans abuser de cette latitude que leur attribue la Cour de Gand (26 mars 1892) (1) ; ils ne doivent conclure à l'existence d'une promesse de mariage tacite, qu'à la lueur des circonstances qui ne laissent planer aucun doute sur la volonté des contractants (2).

Jusqu'ici, d'ailleurs, on peut poser en règle générale qu'aux yeux de la jurisprudence, la preuve du pacte pré-nuptial exigeait la présentation d'un sous-seing privé, fait double ou, tout au moins, d'un commencement de preuve par écrit, complété par des témoignages ou de simples présomptions (3).

(1) Gand, 26 mars 1892, D., 92-2-447.

(2) Les circonstances qui répondent aux desiderata de l'article 1353, seraient insuffisantes.

(3) M. Jacomet déclare avec raison que ne doivent pas être assimilées à un écrit, les cartes de faire part que les usages mondains prescrivent d'envoyer aux personnes en relations d'amitié ou de courtoisie avec les deux familles. Car très souvent, elles sont sans signature, et ont été rédigées par les soins des parents plutôt que des futurs. Tout au plus peut-on y voir une simple présomption. Jacomet, thèse Montp., 1902, p. 170.

L'aveu et le serment décisoire pourraient seuls suppléer à l'absence d'un écrit (1).

Ces conditions de preuve ne sont pas imposées dans le cas où ce ne serait pas, à proprement parler, la promesse que l'on se propose d'établir, mais bien la cause véritable d'une reconnaissance de dette. La jurisprudence autorise l'emploi de tous moyens à l'effet de démontrer la simulation, la fraude. La Cour de Montpellier (2), ayant méconnu ces principes, au prétexte que l'auteur d'une simulation ou celui qui y a participé, n'est pas recevable à attaquer l'acte qu'il a librement souscrit ou signé, fut cassé.

Il a été jugé cependant et à bon droit que si, en principe, de semblables clauses avaient une cause illicite, des billets remis en blanc pour garantir l'exécution d'une promesse de mariage, pourraient être valablement endossés à titre de dédit, lorsqu'ils ont été signés pour acquitter une obligation naturelle, et après rupture du projet d'union. Comme l'a justement observé l'arrêt de Rennes du 16 août

(1) La Cour de Gand l'a décidé pour l'aveu, le 23 nov. 1882, D., 84-2-136 ; la Cour de Rouen a jugé que le serment ne peut être déféré d'office par le juge que lorsque la promesse de mariage n'est pas pleinement justifiée, mais est au moins appuyée d'un commencement de preuve par écrit. Rouen, 28 février 1815, D., t. XXXI, p. 188-189. Un arrêt de Nîmes du 29 nov. 1827, D., t. XXXI, p. 186, a refusé d'admettre comme preuve un sous-seing privé dont un des doubles avait été écrit seulement sur un carnet et au crayon.

(2) Montpellier, 7 mai 1836, D., t. XXXI, p. 184.

1836 (1), cet acte n'est réellement que la réparation du préjudice consommé, il ne peut donc être envisagé comme une promesse de mariage avec stipulation de peine, pour le cas où la promesse ne se réaliserait pas

(1) D., t. XXXI, p. 188. La Cour de Cass. l'a confirmée, le 5 mars 1838, D., t. XXXI, p. 188. En ce sens, Douai, 25 mai 1839, D., t. XXXI, p. 187.

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Les législations étrangères n'ont pas suivi l'exemple de la France. Plus prudentes que la nôtre, elles ont réglementé le contrat de fiançailles assez diversement, sans doute, mais sur certaines bases communes, l'écartant du droit commun des obligations pour lui assigner sa vraie place, au début des dispositions relatives à la famille.

SECTION PREMIÈRE. — *Nations latines.*

La catholique Espagne a obéi pendant longtemps aux prescriptions du droit canonique en matière matrimoniale. Les fiançailles jouissaient par suite, d'un grand crédit auprès de la législation ; elles constituaient un contrat valable, obligeant chaque partie à procéder au mariage, sous peine d'indemniser l'autre, et de rester condamnée au célibat (1) ;

(1) On admettait cependant une série d'excuses de plus en plus nombreuses, à mesure que le besoin d'une plus grande liberté se faisait sentir ; « depuis longtemps, dit M. Levé, doctrine et jurisprudence avaient reconnu que toute sanction donnée aux promesses de mariage, serait contraire à la liberté qui doit présider à ce contrat. Levé, *Code civil espagnol*, traduction, p. 11.

elles formaient un empêchement à mariage jusqu'au 5^e degré inclus : c'est l'*impedimentum publicæ honestatis* « *de publica honestidad* », que nous avons étudié en droit canon.

Le nouveau Code civil (1), tout en sacrifiant au mouvement d'idées en faveur de la laïcisation des institutions juridiques, n'a pas voulu rompre avec les anciennes traditions, et ce double désir a provoqué le phénomène qui se manifeste chez les peuples à l'esprit conservateur, une dualité d'institutions. On distingue aujourd'hui deux sortes de mariages en Espagne : le mariage canonique auxquels sont astreints ceux qui professent la religion catholique, et dont les « conditions, formes, solennités sont régies par les constitutions de l'Eglise et du Concile de Trente » (2), et le mariage civil, souverainement réglementé par la loi civile.

Les fiançailles n'avaient évidemment rien à gagner dans cette évolution. Leur importance a d'autant plus diminué qu'elles ont fait l'objet de dispositions uniques, communes aux deux espèces de mariage. L'article 43 décide, avec une certaine insistance, qu'elles n'entraînent pas l'obligation de contracter l'union conjugale, et il ajoute qu'aucun tribunal ne devra admettre qu'on en réclame l'accom-

(1) Code du 24 juillet 1889.

(2) Un fonctionnaire civil doit être présent sous peine de nullité s'il n'a pas été requis jusqu'à l'inscription du mariage sur les registres d'état civil, ou d'une amende de 20 à 100 pesetas, si l'agent ne vient pas, malgré l'avis qui lui en a été donné.

plissement. Mais, à défaut de sanction directe, y a-t-il lieu tout au moins à des dommages-intérêts ? L'article 44 répond par l'affirmative, mais ce n'est pas sans imposer à leur obtention des conditions rigoureuses : la promesse doit avoir été constatée par acte public ou privé ; seules, les publications légales tiennent lieu d'écrit ; contracté par un mineur, l'engagement n'engendre une obligation que si le mineur a été assisté de la personne dont le consentement est nécessaire à la célébration du mariage ; enfin, le délai de prescription est de très courte durée : l'action doit être intentée dans l'année de la rupture (1).

Ainsi, tout en reconnaissant le contrat de fiançailles, la loi espagnole le traite avec moins de faveur que la loi française, particulièrement quant au laps de temps pendant lequel on peut réclamer des dommages-intérêts. Indemnise-t-elle du préjudice moral ? Oui, sans doute, l'article 44 parlant du dommage sans distinguer. Quant à la légitimité des motifs invoqués par l'inexécutant, elle est laissée à la libre appréciation des tribunaux ; la loi ne leur fournit aucune indication précise, sauf en ce qui concerne l'excuse tirée de la minorité du contractant.

En Italie, depuis le Code de 1865, la promesse réciproque de contracter mariage n'engendre pas

(1) Le Code portugais de 1889 contient des dispositions analogues. Glasson, *Mariage civil et divorce*, p. 301 et suiv.

davantage d'obligation légale à sa célébration ; mais plus explicite que la loi espagnole, la loi italienne déclare nulle la prestation stipulée pour le cas d'inexécution de cette promesse. Les dispositions sont identiques pour la plupart à celles qui régissent les fiançailles espagnoles : l'art. 54 est la reproduction presque textuelle de l'art. 44 du Code espagnol : même prohibition de la preuve testimoniale, égale durée de la prescription, la minorité est un motif tout aussi plausible de refus et dans les mêmes conditions, enfin la même latitude est laissée au juge pour statuer sur les causes légitimes de dédit. Une différence très considérable est à relever entre les deux législations. En Espagne, le préjudice moral doit entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts ; le Code italien limite l'indemnité aux dépenses motivées par la promesse de mariage, ce qui peut aboutir à de réelles injustices.

Ces diverses dispositions ont été critiquées par certains auteurs. M. Buniva trouve excessives les conditions de preuve imposées à l'effet d'établir l'existence d'une promesse de mariage. « Pourquoi, dit-il, accorder l'indemnité à ceux qui peuvent produire une preuve écrite et la refuser aux autres ? La situation n'est-elle pas la même dans tous les cas ? »

L'argument pourrait mener fort loin : formulé de la sorte, il conduirait logiquement à l'abrogation de tout régime de preuves légales, à l'adoption, en toutes matières, de ce qu'on appelle le « système de l'intime conviction », système condamné depuis long-

temps par toutes les législations. Lorsque je me suis engagé, que mon obligation soit constatée par écrit ou qu'elle soit demeurée purement verbale, la situation de fait est identique : dans l'un et l'autre cas, j'ai donné ma parole, je suis tenu en conscience de m'exécuter, mais on comprend que des raisons majeures de sécurité sociale aient décidé le législateur à se montrer exigeant pour la question des preuves et à imposer au demandeur le recours à des moyens déterminés à l'avance par la loi. C'est à ces considérations qu'ont obéi les lois italienne et espagnole : « C'est pour éviter, dit M. Huc (1), des procès souvent scandaleux et toujours difficiles, qu'elles ont voulu subordonner la recevabilité de l'action à la production d'un document écrit, et ont repoussé toute allégation qui ne reposerait que sur l'offre d'une preuve testimoniale et qui serait de nature à compromettre le repos des familles ».

Laurent (2) reproche au Code italien d'avoir déclaré les mineurs entièrement irresponsables d'un refus sans excuse : « c'est contradictoire, dit-il, avec ce fait qu'ils sont capables de s'obliger pour un fait dommageable. On ne se fait pas autoriser pour commettre un délit ou quasi-délit. »

Ces observations sont d'autant plus justifiées que le Code italien a réduit au minimum le chiffre de

(1) Huc, *Code civil italien*, t. 1, p. 34.

(2) Laurent, *Avant-projet du Code civil belge*, p. 326

l'indemnité, en n'ordonnant que le remboursement des impenses faites en vue du mariage.

Le même auteur n'approuve pas davantage la courte prescription. Il la déclare contraire à la liberté souveraine d'appréciation qui doit être laissée aux juges en ces matières. Il préférerait l'application du droit commun.

On peut observer, à l'inverse, que l'adoption de la prescription trentenaire exposerait à laisser les situations de famille dans un état précaire, ce qui est certainement contraire au bien-être de la société.

Quoi qu'il en soit de ces critiques, on ne saurait nier que les effets des fiançailles se trouvent restreints dans d'étroites limites par les deux législations, surtout par la loi italienne, mais il importe de noter que les inconvénients qui pourraient résulter de ces restrictions, sont palliés dans une large mesure, par la possibilité d'une recherche de paternité naturelle. Le Code espagnol l'autorise dans les trois cas suivants : 1° quand il existe un écrit émané du père, dans lequel il reconnaît sa paternité ; 2° quand l'enfant se trouve en possession continue d'état d'enfant naturel du père qu'il réclame, et qu'il peut la justifier par des actes émanés de ce père ou de sa famille ; 3° dans les cas de viol, d'attentat ou de rapt, sous les restrictions apportées par le Code pénal à la reconnaissance de l'enfant (1). L'Italie ne permet pas,

(1) En Portugal, la recherche n'est autorisée qu'au cas de viol ou de rapt, s'il se place à l'époque de la conception (article 130).

à proprement parler, l'action en recherche du père naturel, sauf s'il y a eu enlèvement ou viol, lorsque la paternité résulte indirectement d'une sentence civile ou pénale, d'un mariage déclaré nul ou d'une déclaration expresse contenue dans un écrit émané du père ou de la mère (1).

Ces décisions méritent d'être approuvées ; elles corrigeraient, si elles étaient admises chez nous, une des imperfections les plus notables de notre Code civil. Celles du Code italien, particulièrement, sont une heureuse conciliation des intérêts des enfants nés hors mariage avec les droits de la famille légitime, qu'il ne faut jamais perdre de vue.

SECTION II. — *Nations germaniques.*

On constate dans les législations germaniques une même tendance à diminuer l'efficacité des fiançailles, à s'éloigner de toute idée de contrainte en vue de faire respecter l'engagement à mariage. Ainsi jusqu'en 1900, les fiançailles prussiennes créaient un lien obligatoire, lorsqu'elles étaient passées par-devant notaire ou en justice : celui qui se refusait à leur exécution, encourait une condamnation à des dommages-intérêts, à la perte du quart des avantages faits à son futur conjoint, à une satisfaction légale, à une amende, et, suivant les circonstances, à

(1) Huc, *Code civil italien*, t. I, p. 88.

un emprisonnement d'une certaine durée (1). Les petits états secondaires de l'Allemagne possédaient, pour la plupart, une législation analogue (2).

Le nouveau Code civil enlève aux promesses de mariage toute force exécutoire, ainsi qu'aux clauses pénales que les parties y ont attachées. « En vertu des fiançailles, dit l'article 1297, on ne peut réclamer la célébration du mariage, la clause pénale convenue pour le cas où le mariage n'aurait pas lieu, est nulle. » (3) Il reconnaît cependant une obligation aux dommages-intérêts contre celui qui se dédit sans motif grave ou qui a causé par sa faute le dédit de l'autre, et contient sur ces points des décisions intéressantes : l'article 1298 envisage le cas où les père et mère ou tout autre représentant du fiancé agissant aux lieu et place de celui-ci, auraient en vue du mariage, fait des dépenses ou contracté des obligations. Les dépenses doivent leur être remboursées. Vis-à-vis du cocontractant, le fiancé qui se retire sans motifs doit réparer le préjudice résultant du fait que le demandeur « a pris des mesures touchant ses biens ou son industrie, pourvu que ces dépenses, ces obligations soient proportionnées aux circonstances ». La réparation ne s'étend donc point à toutes les conséquences pécuniaires de la promesse

(1) Glasson, *Consentement des époux au mariage*, p. 181.

(2) Glasson, *Mariage civil et divorce*, p. 344.

(3) Voir Raoul de la Grasserie : *Droit civil allemand*, traduction, p. 271-272.

inexécutée : temps perdu, danger de ne pas trouver un aussi bon établissement que le premier ; elle sera limitée dans le plus grand nombre de cas, aux dépenses effectuées.

Quant au préjudice moral, la loi allemande n'admet la réparation que dans une hypothèse particulière et encore, au profit de la jeune fille : c'est lorsqu'une fiancée de bonne conduite (1) a eu, sur la foi d'une promesse de mariage, des relations sexuelles avec son fiancé : « en ce cas, dispose l'article 1300, elle peut demander des dommages-intérêts convenables, même pour le tort autre que le préjudice pécuniaire » (2).

Enfin, l'article 1301 contient une application du principe général que les Allemands ont bien su dégager en matière d'enrichissement sans cause : si la célébration du mariage n'a pas lieu, chaque fiancé peut demander à l'autre la restitution de ce qu'il lui a donné ou des cadeaux faits comme témoignage des fiançailles, en suivant les règles relatives à l'en-

(1) M. Saleilles insiste sur ce point, *Revue critique*, 1901, t. II, p. 719.

(2) M. Raoul de la Grasserie remarque combien le droit allemand se sépare par là du droit français ; la séduction, qui a pour point de départ les fiançailles, ouvre des dommages-intérêts, ce que le droit français n'admet pas. Par cette disposition, le droit allemand inaugure les tendances féministes qu'il va bientôt faire valoir à propos du contrat de mariage. Raoul de la Grassière, traduction du *Droit civil allemand*, p. 272.

Cette disposition de l'article 1300 ne figurait pas dans le projet. Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, traduction, p. 262.

richissement illégitime. En cas de doute, la restitution n'a pas lieu, si les fiançailles sont rompues par le décès.

La prescription pour toutes les actions naissant de la rupture d'une promesse de mariage est de deux ans (1).

Il est inutile d'insister sur les rapprochements de cette législation avec celle des pays latins autres que la France. Elles s'accordent à refuser au fiancé déçu un droit de contrainte directe, elles ne lui donnent qu'une action en dommages-intérêts, lorsque la rupture ne paraît pas fondée ; elles laissent toute latitude aux juges pour l'appréciation des motifs (2) ; elles imposent une courte prescription. Mais elles se séparent en matière de preuves, la législation allemande soumettant les fiançailles, au point de vue probatoire, aux règles du droit commun. Elles se distinguent surtout, relativement à la recherche de paternité, soit quant aux conditions dans lesquelles une reconnaissance est possible, soit quant aux effets de cette reconnaissance. La recherche n'est admise en Allemagne que si le père a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, à moins qu'un

(1) D'après le projet, elle était de 1 an. Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, p. 262. L'action accordée à la femme, en vue de la réparation, du préjudice moral est intransmissible et incessible.

(2) La minorité n'est pas considérée comme étant de plein droit une justification de rupture, toute latitude est laissée au juge pour apprécier la valeur d'une telle excuse.

autre ait cohabité avec elle pendant cette période (article 1717). L'article 1718 ajoute toutefois que celui qui reconnaît sa paternité dans un document public, après la naissance de l'enfant, ne peut exciper de ce qu'un autre a cohabité avec la mère, à l'époque de la conception. Mais la paternité une fois reconnue, n'engendre pas d'effets sérieux, puisqu'elle ne donne droit au profit de l'enfant qu'à une pension alimentaire jusqu'à l'âge de 16 ans (1).

Le Code civil suisse (2) présente, ce qui est fort naturel, étant donnée la communauté des races, les plus grandes affinités avec la législation allemande. Et, cependant, le projet de loi, sans astreindre à la célébration de l'union, donnait force obligatoire aux fiançailles, en ce sens qu'il reconnaissait au fiancé déçu, un droit à des dommages-intérêts, du fait seul de l'inexécution, abstraction faite de toute idée de préjudice. Le législateur n'a pas sanctionné ce retour vers le passé. L'article 91 prohibe toute clause pénale accessoire de la promesse de mariage ; il dispose que l'exécution n'en peut être réclamée ; l'article 92 n'in-

(1) M. Pouzol fait à ce sujet la réflexion suivante : « Quoique supérieure au droit français, ce n'est pas dans ces dispositions que nous aurons à chercher un enseignement d'ordre pratique pour organiser une réforme dans le sens où nous la voulons ». Albert Pouzol, *Recherche de la paternité*, p. 55. L'enfant reconnu a droit à plus de sollicitude de la part du législateur.

(2) Le Code est tout récent ; il remonte au 10 décembre 1907, mais est susceptible de modifications pendant les 3 mois à dater de sa promulgation.

dennise, soit le fiancé, soit les parents ou tiers ayant agi aux lieu et place de ces derniers, que des dépenses faites de bonne foi en vue de l'union ; les fiancés peuvent toujours, en cas de rupture, réclamer les présents qu'ils se sont donnés, et, si ces présents n'existent plus en nature, la restitution s'opère comme en matière d'enrichissement illégitime ; la légitimité des motifs est abandonnée à la sagesse des tribunaux ; les modes de preuve sont régis par le droit commun des obligations ; la prescription de l'action en indemnité est de courte durée ; elle ne dépasse pas un an.

On doit signaler néanmoins une différence sensible entre les deux législations. Le législateur suisse n'a pas voulu accorder une faveur spéciale au sexe féminin, et n'autoriser qu'à son égard la réparation du tort moral, suite de la rupture. Il a préféré un régime plus égalitaire. « Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé, sans qu'il y ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale, si l'autre partie est en faute (1) », mais, à l'exemple de la loi allemande, le Code suisse ad-

(1) Cependant la minorité et l'interdiction sont des excuses qui doivent être nécessairement admises par les tribunaux, lorsque le représentant légal n'a pas consenti aux fiançailles : tel est le sens qu'il faut attribuer à l'article 90-2° : « les fiançailles n'obligent le fiancé mineur ou interdit, que si le représentant légal y a consenti ». Elles n'obligent pas davantage le majeur au mariage, mais elles dispensent le mineur de toute indemnité (sauf restitution des cadeaux de noce).

met l'incessibilité et l'intransmissibilité de cette action, sauf lorsqu'elle a été reconnue par contrat, ou quand elle était intentée lors de l'ouverture de la succession (1).

Un point de vue sur lequel il se singularise, c'est au sujet du droit qu'il attribue soit à la mère, soit à l'enfant naturel, de rechercher en justice le père de ce dernier. Contrairement aux autres législations, il proclame, à l'état de principe, la possibilité de cette recherche ; c'est par exception qu'elle sera interdite, hypothèses peu nombreuses, puisqu'elles se ramènent à une seule : celle où la mère vivait dans l'inconduite au moment de la conception (article 315). L'article 316 prévoit bien un deuxième cas, celui où la mère était mariée lors de la conception de l'enfant illégitime, mais ce cas doit, sans hésitation, être assimilé au précédent, la conception d'un enfant naturel étant un fait plus grave de la part d'une femme engagée dans les liens matrimoniaux.

A vrai dire, la paternité n'est pas toujours déclarée par le juge : sa recherche n'aboutit qu'à des prestations pécuniaires réglées par les articles 317 à 320 ; la mère est indemnisée des frais de couche,

(1) M. Eugène Huber nous apprend que la jurisprudence était constante sur ce point, mais le législateur a cru devoir la consacrer à raison de l'importance de la question : *Avant-projet du Code civil suisse*, p. 110 à 115. Il nous apprend aussi qu'il aurait désiré aller plus loin dans cette voie et mentionner les principaux cas de rupture, tels que l'atteinte à l'honneur de la jeune femme, mais le projet renonça à cette énumération.

de l'entretien pendant quatre semaines avant et quatre semaines après la naissance, des autres dépenses occasionnées par la grossesse et l'accouchement ; elle peut recevoir une somme d'argent à titre de réparation morale. L'enfant reçoit jusqu'à l'âge de 18 ans une pension alimentaire calculée suivant la position sociale du père et de la mère. Elle cesse de lui être accordée dès qu'il a des ressources personnelles suffisantes.

La paternité est déclarée, dans certaines hypothèses, notamment lorsque le défendeur a promis le mariage à la mère ; l'enfant porte alors aux termes de l'article 325 le nom de famille du père, acquiert son droit de cité, et a, dans sa famille, les droits et devoirs résultant de la filiation illégitime.

Le Code autrichien autorise, lui aussi, d'une façon large et libérale, la recherche de paternité. Tout mode de preuve est admis à l'effet d'établir que le père a reconnu son œuvre ; tout aveu, même hors justice, même purement verbal, peut être invoqué contre son auteur (article 163) (1). Ce n'est pas tout : si l'on démontre, et tout moyen est permis pour cela, que tel individu a cohabité avec la mère dans les sept mois au moins ou les dix mois au plus qui ont

(1) Une restriction doit être apportée ici : l'inscription du père sur le registre des naissances ou des baptêmes ne constitue une preuve que si le père a donné son consentement et si ce consentement est constaté par le double témoignage du pasteur et du parrain avec l'attestation que le père leur est personnellement connu.

précédé l'accouchement, cet individu est présumé père de l'enfant.

Mais la simple promesse de mariage n'astreint pas à l'accomplissement de l'union, ni à l'exécution des stipulations pénales. Une condamnation à des dommages-intérêts est seule possible, lorsque la rupture n'est pas fondée sur de justes motifs (1).

C'est toujours la reproduction des dispositions que nous avons rencontrées dans les divers Codes européens étudiés jusqu'ici ; les législations germaniques et latines ont évolué parallèlement et jusqu'au même point.

SECTION III. — *Pays slaves.*

Les pays slaves ont suivi le courant d'opinions contraire à la pleine efficacité du contrat de fiançailles.

Le Svod prévoit l'accomplissement de certaines solennités pour la célébration du contrat de fiançailles, vis-à-vis tout au moins de ceux qui professent la religion orthodoxe (2) mais il ne déprouve pas l'illégitimité de l'union projetée que si la promesse a

(1) La loi ajoute que les dommages-intérêts devront compenser « le préjudice réel », ce qui peut s'entendre du préjudice matériel et moral.

(2) A ces solennités prévues par la loi s'ajoutent les cérémonies conservées par l'usage. « En Russie, raconte Grenville Murray, lorsqu'un mariage est décidé, on donne une fête dite des fiançailles, la future mariée coupe une boucle de ses cheveux en présence des témoins, et la remet à son fiancé qui lui offre à son tour un anneau en argent orné d'une turquoise, un gâteau aux amandes, et un peu de pain et de sel. A partir de ce moment, les deux jeunes gens sont liés l'un à l'autre, et leurs parents eux-mêmes ne peuvent plus rompre le

été accompagnée de séduction contre une femme mariée, auquel cas le coupable est puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, dans une maison de correction. Il se montre d'une extrême dureté vis-à-vis de l'enfant naturel, dont il prohibe toute reconnaissance volontaire ou forcée ; il en autorise simplement l'adoption chez les classes non nobles de la société.

La loi polonaise n'oblige pas davantage au mariage le fiancé qui veut se dédire, mais s'il est survenu une grossesse à la suite de fiançailles irrégulières auxquelles ne succède pas le mariage, l'enfant a le droit de réclamer à son père une pension alimentaire. Il faut, bien entendu, pour que ce résultat puisse se produire, que la reconnaissance volontaire ou forcée, soit intervenue. Or, cette dernière n'est possible, comme en France, que dans le cas d'enlèvement.

Le Code des provinces Baltiques est plus sévère : le fiancé est tenu d'épouser sa promise ou de lui fournir une dot dont le juge détermine le montant, sitôt qu'il y a eu séduction ou cohabitation, lors même que les relations n'auraient pas amené une grossesse. S'il refuse, le Tribunal peut attribuer à la

mariage que du consentement de leurs enfants. En pareil cas, on se renvoie l'un à l'autre l'anneau et les cheveux... Les bagues de fiançailles sont gardées précieusement comme des reliques de famille, mais elles ne peuvent pas servir 2 fois, et un fils ne peut pas donner à sa future l'anneau que reçut sa mère ». Voir Escart, *la Réforme sociale*, 1901, t. II, p. 892.

fiancée la qualité d'épouse divorcée et les avantages afférents à ce titre. Ces dispositions ne sont cependant pas applicables, si la fiancée a eu des relations avec d'autres hommes ou si elle refuse le mariage.

La reconnaissance de l'enfant naturel est admise et le père est alors tenu d'élever son enfant en concours avec la mère (1).

SECTION IV. — *Nations scandinaves.*

Les législations qui sont demeurées les plus fidèles aux traditions anciennes sont celles des pays scandinaves. Le Code de 1734 continue à régir la Suède. Les fiançailles sont un vrai contrat, s'accomplissant d'après certains rites que le législateur a pris soin de déterminer ; la présence du giftoman (personnage investi par la loi de la puissance familiale sur la jeune fille) est nécessaire ainsi que celle de quatre témoins dont deux du côté de la future, deux du côté du futur.

Elles ne contraignent pas sans doute au mariage, si ce n'est lorsque le fiancé s'est rendu l'auteur d'une grossesse, mais si l'un des futurs veut se soustraire à l'union et persiste dans sa résistance, l'autre n'en sera pas moins déclaré son époux légitime et aura sur ses biens les droits du mari ou de la femme légitime. Ainsi, est empêché le mariage du promis ou de

(1) Albert Pouzol, *op. cit.*, p. 63, 64, 65.

la promesse avec une tierce personne ; de nouvelles fiançailles sont même impossibles : celui qui voudrait passer outre les dispositions de la loi serait passible d'une amende de 30 dalers et son acte n'aurait aucune valeur.

La loi admet cependant certains cas de légitime refus : l'article 2 énumère la lèpre, l'épilepsie, l'aliénation mentale, la syphilis, des infirmités graves ou répugnantes ; l'article 3 ajoute : la mauvaise conduite, une faute contre l'honneur ; l'article 8 décrète enfin que si le fiancé abandonne sa fiancée, et en reste éloigné sans son assentiment pendant un an et jour, elle est déliée de sa promesse, si elle veut, et le juge doit prononcer la rupture.

L'enfant issu de personnes engagées dans les liens pré-nuptiaux est légitime (1) ; quant à l'enfant naturel proprement dit, c'est-à-dire né en dehors de toute promesse de mariage, il est placé dans la situation des enfants adultérins ou incestueux ; mais la recherche de paternité est permise dans tous les cas et par tous les moyens (2). La reconnaissance donne à l'enfant le droit de réclamer des aliments.

(1) On trouve dans le Code suédois cette tendance que nous avons constatée à la fin de l'empire romain, dans le droit canonique et au moyen-âge, de rapprocher autant que possible le lien antenuptial du lien matrimonial lui-même.

(2) « De telles prescriptions, dit la Grasserie, paraîtront étranges dans notre pays et à notre époque ; elles se comprennent mieux, si l'on se reporte aux mœurs simples et patriarcales de la Suède, à la rigidité des principes du protestantisme du Nord, à la date du Code et à la latitude du pays. » La Grasserie, *Code civil suédois*, introduction n° VII.

Le Danemark et la Norvège ont réagi contre ces prescriptions rigoureuses et adopté des dispositions plus en harmonie avec le mouvement d'idées moderne.

SECTION V. — *Législation Néerlandaise et Anglaise.*

Le Code Néerlandais peut être cité comme l'antipode de la législation suédoise. Non seulement, les fiançailles n'engendrent aucune action pour contraindre au mariage ou aux prestations convenues en cas de dédit, mais l'article 113 refuse au fiancé délaissé, tout droit à une indemnité quelconque. Une seule exception est apportée à ce principe : c'est lorsque la déclaration de mariage a été faite à l'officier d'état civil et a été suivie d'une publication (1). Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à obtention de dommages-intérêts, que la promesse soit bien et dûment constatée par un acte qui mette en évidence la volonté sérieuse et réfléchie des contractants, acte que la loi s'est réservée de déterminer. Et lorsque les parties auront satisfait à ces rigoureuses exigences, le plaignant n'obtiendra pas la réparation des atteintes morales qu'il a reçues du fait de la rupture; seules, « les pertes réelles », c'est-à-dire, dans la pensée de la loi, le dommage matériel, pécuniaire, qu'il aura

(1) Tripels, Code néerlandais, section 2 : Des formalités qui doivent précéder la célébration du mariage.

éprouvés seront compris dans le calcul de l'indemnité.

La prescription de l'action en indemnité sera de dix-huit mois à compter de la première publication.

La sévérité de ces dispositions éclate d'autant plus qu'en ce qui concerne la recherche de la paternité, les Hollandais ont fidèlement suivi les principes de notre Code civil. Ils se sont contentés d'assimiler le cas de viol à celui d'un enlèvement. De la sorte, le préjudice le plus grave qui puisse résulter de l'inexécution d'une promesse de mariage sera très rarement l'objet d'une demande d'indemnité.

La loi anglaise est beaucoup plus favorable aux fiançailles. Les dommages-intérêts s'étendent, non seulement aux pertes matérielles, au dommage patrimonial, conséquence de la rupture, mais encore au tort moral éprouvé (1), et, chose bien digne de remarque, l'indemnité n'est pas limitée comme en France et partout ailleurs, au *damnum emergens*, elle comprend aussi la réparation du gain manqué, du *lucrum cessans* (2).

L'appréciation des justes motifs invoqués par le défendeur est abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, mais l'indemnité n'est due que si la promesse émane d'une personne ayant au moins 21 ans accomplis, lorsqu'elle a formé l'engagement.

La recherche de la paternité est permise, mais,

(1) Voir M. Pavitt, *Le droit anglais codifié*, p. 67.

(2) Voir M. Lehr, *Droit civil anglais*, traduction, p. 50.

pour éviter les abus scandaleux, les chantages éhontés auxquels donnait lieu l'ancien système, la loi dispose que la mère ne sera pas crue sur son serment ; il faudra qu'il s'y ajoute un commencement de preuve par écrit ou certains témoignages (1). Le père pourra combattre l'accusation par toutes espèces de voies probatoires. S'il ne réussit pas à triompher, le juge le condamnera à payer une pension hebdomadaire de cinq shillings par semaine (325 francs par an), jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 13 ou 16 ans, suivant les cas (2).

SECTION VI. — *Législations américaines.*

Si nous quittons l'Europe et pénétrons dans l'examen des législations du nouveau continent, nous constatons que les fiançailles sont connues du droit et qu'elles constituent, sous certaines conditions, une convention parfaitement valable. Ainsi, d'après le « statut des fraudes » de New-York, une promesse de mariage ne devant pas s'accomplir dans l'année, est nulle, si elle n'est pas écrite. Il en résulte que, devant s'accomplir avant un an, elle est valable, au-

(1) Voir M. Pouzol, *op. cit.*, p. 60 et 61. C'est se montrer beaucoup trop facile vis-à-vis de la recherche de paternité. Aussi M. Pavitt a-t-il pu dire avec raison qu'une jeune fille anglaise « n'ayant pas trop de scrupules et ayant possédé une série de fiancés, trouve la loi très bien faite à condition que les divers défenseurs puissent payer les frais et les dommages-intérêts accordés par le jury. »

(2) Si la mère a négligé de poursuivre le père, l'enfant est adopté par la paroisse.

rait-elle été contractée par une déclaration purement orale, et qu'un écrit lui assure validité pendant un laps de temps indéfini (1).

La recherche de la paternité y est admise dans des conditions qui varient suivant les divers états (2), mais qui se rapprochent beaucoup de la législation anglaise (3).

Au Cambodge, où les lois sont empreintes d'un caractère archaïque des plus marqués, la loi comprend de très nombreuses dispositions à l'égard des fiançailles. Elle en régleme minutieusement les effets, sans astreindre toutefois à l'accomplissement de l'union. Voici quelques textes : quiconque a demandé une jeune femme en mariage et l'a obtenue de ses parents, a droit acquis sur elle, sitôt que la cérémonie des fiançailles a été faite (article 11) ; le refus est possible, mais le coupable est condamné à une amende de 15 dâmleng pour la lèvre supérieure, et de 15 autres dâmleng pour la lèvre inférieure ; il doit, en outre, rembourser à la fiancée toutes les dépenses effectuées. Si la rupture émane du jeune homme, la loi exige des excuses à l'adresse de la fiancée (4).

Il est certains motifs qui autorisent l'inexécution

(1) Voir le *Journal de droit international privé*, 1883, p. 417.

(2) Consulter pour la législation dans les états de Névada, de l'Illinois, de l'Ohio et autres, M. Pouzol, *op. cit.*, p. 66 à 71.

(3) La loi bolivienne, au contraire, a reproduit les dispositions du Code civil français.

(4) Voir l'ouvrage de M. Adhémar Leclère sur les Codes Cambodgiens, t. I, p. 534 à 545.

du contrat de fiançailles, qui dispensent son auteur de toute peine privée et de tout remboursement : une mauvaise conduite, la manie du jeu, l'entrée dans une association de malfaiteurs ; les parents doivent, en ce dernier cas, chasser le fiancé, mais ils sont tenus de restituer les biens apportés par lui et les présents qu'il a faits. Le fiancé qui a laissé écouler le délai fixé par lui pour la célébration de l'union, rend sa promise libre de s'engager dans les liens de nouvelles fiançailles, et il ne peut réclamer la restitution de ses impenses (1).

La recherche de la paternité est toujours admise sur la plainte de la femme. Le tribunal examine l'affaire, et, si l'accusé est convaincu avoir causé la grossesse, la loi le condamne à une amende égale au prix de la vie de la fille et à 25 ou 30 coups de rotin (2).

(1) M. Adhémar Leclère, sur les Codes cambodgiens, t. II, p. 272 à 276. Le mariage est obligatoire dans un seul cas ; — celui où un jeune homme, après avoir demandé la main de la jeune fille, est allé « badiner avec elle, lui prendre les mains, lui palper les seins, l'embrasser, commettre le crime de fornication avec elle » (article 59). C'est ce dernier acte surtout que le législateur a eu en vue pour obliger le coupable à l'union. Il faut, cependant, pour qu'il y soit astreint, que le tuteur ou quelque parent de la jeune fille tombe malade après la consommation du crime ; ce sont les mânes de ses parents ou ancêtres défunts qui envoient le mal. On fait des vœux et des sacrifices pour les apaiser et alors, si le malade guérit, le fiancé doit préparer le repas des noces ; s'il meurt, la loi dit que c'est sa destinée et que le jeune homme coupable n'est pas la cause de cette mort. Cependant, comme il a commis le crime de fornication, il doit payer la moitié de l'amende perçue sur les cérémonies funèbres, et les frais d'arrosement des os du défunt.

(2) Adhémar Leclère, *op. cit.*, t. I, p. 266.

Dans l'Annam, les fiançailles sont obligatoires ; le jeune homme doit épouser sa fiancée, sauf s'il peut invoquer un motif légitime de refus. La jeune fille, au contraire, peut être accordée par ses parents à un autre qu'au premier fiancé, mais celui des parents, qui est ainsi revenu sur sa détermination première, est frappé de 70 coups de rotin (1).

Cette différence entre le futur et la future s'explique par ce fait que la rupture d'une promesse de mariage offre moins d'inconvénients pour le premier que pour la seconde : le garçon dispose de plus de ressources, il est plus à même de gagner son existence et trouvera plus facilement un nouveau parti. L'espoir d'un établissement aussi avantageux que le premier est plus chanceux pour une jeune fille délaissée.

Les justes motifs de refus sont fixés par la loi : ce sont : le crime de fornication ou de vol, une infirmité grave, une trop grande différence d'âge entre les deux futurs conjoints, la basse origine de l'un d'eux, pourvu qu'elle fût ignorée de la famille du co-contractant, lors de la création des fiançailles.

Nous terminons cette étude des promesses de mariage en relevant le défaut de mention des fiançailles dans le Code japonais (2), fait d'autant plus remar-

(1) Code annamite, traduction par M. Philastre, t. VII, tit. 3, p. 491 et suiv.

(2) Code civil de l'empire du Japon, promulgué le 28 avril 1896, traduction de Jules Adam.

quable que c'est précisément sur l'organisation et le fonctionnement de la famille et des institutions qui s'y rattachent, que le droit a conservé les traces les plus nombreuses des vieux principes (1).

(1) Lire notamment les articles 749 et 750.

CONCLUSION

Ainsi, les diverses législations que nous venons de passer en revue, reconnaissent, à l'exception de celle du Japon, la validité du contrat de fiançailles. Elles le rangent à sa place normale, au début des dispositions intéressant le groupement familial, et s'efforcent de concilier les conséquences juridiques d'un engagement de cette nature, avec la liberté qui doit être assurée au consentement des époux, lors de la célébration de l'union conjugale.

Le Code civil français est resté muet sur les promesses de mariage. Son silence est l'objet, dans le monde juridique, de critiques très sévères et des réclamations les plus énergiques. Aucune bonne raison ne saurait, en effet, justifier une pareille négligence du législateur à l'encontre d'une matière dont la haute portée sociale n'échappe à personne, d'un contrat qui, méconnu du droit, est resté solidement attaché aux usages et traditions d'un pays. M. Escart (1) a fait ressortir le gros avantage que l'on retirerait d'une réforme de la législation sur ce point : « si, comme on l'a prétendu, dit-il, le divorce est le correctif des unions malheureuses, par 'contre, pré-

(1) Escart, *réforme sociale*, 1901, t. II, p. 888.

parer d'heureux mariages, ne serait-ce pas rendre le divorce superflu, solution assurément très désirable, parce que prévenir, surtout en matière de médication législative, vaut assurément mieux que guérir. »

Un reproche plus grave encore que l'on peut adresser au Code civil, est l'impunité qu'il assure à celui qui s'est rendu coupable de séduction, qui a compromis l'avenir d'une jeune fille au moyen d'une promesse de mariage, alors surtout que des relations sexuelles est résultée une grossesse. Aussi, est-ce principalement l'article 340 qui est le point de mire des plus violentes attaques contre notre législation. Les souvenirs des abus que provoquait la recherche de la paternité, avant la Révolution, sont aujourd'hui très effacés ; on a oublié les procès scandaleux auxquels elle donnait naissance, le trouble qu'elle apportait à la paix des familles, la crainte de chantage qu'elle faisait courir, et qui menaçait comme une épée de Dâmoclès, celui à qui la situation de fortune permettait de supporter les frais d'un procès et de payer plusieurs pensions. M. Bertauld (1) a essayé en vain de faire valoir des faits aussi décisifs de l'ancienne époque ; sa voix n'a pas trouvé beaucoup d'écho. Rares sont aujourd'hui les jurisconsultes ou philosophes qui ne se plaignent de l'« irresponsabilité absolue des séducteurs » et ne désirent ardemment la suppression « du régime d'in-

(1) Bertauld, *Revue critique*, 1862, p. 5.

justice et d'impunité légale » consacré par l'article 340. « On peut ajourner cette question, dit M. Emile de Girardin dans ses questions philosophiques, on ne peut pas les supprimer ». M. Abel Pouzol ajoute : « Nous sommes légion, en France, qui pensons ainsi ; malgré le mauvais vouloir, malgré l'étrange hostilité que la Cour suprême elle-même semble s'éloigner, depuis longtemps déjà, à l'encontre de toute tentative de réforme partielle de notre Code civil — et cela par le seul fait qu'il s'agit d'une réforme, malgré les échecs successifs des projets de lois parlementaires de ces cinq dernières législatures, nous estimons pour notre part que la lutte doit être reprise avec confiance, convaincus que nous sommes de la vertu de l'obstination dans la revendication de ce qui est juste, dans la proclamation de ce qui est vrai. » (1)

On ne saurait nier effectivement que l'article 340 crée au profit du sexe fort un privilège exorbitant, privilège profondément immoral et antisocial : en faisant supporter à la femme seule tout le prix d'une faiblesse, d'une passion coupable, on favorise singulièrement le libertinage. Il est loisible au séducteur, dégagé par avance de tout souci de paternité, de prodiguer les promesses, d'accumuler les serments, sans crainte de se compromettre : « il peut, dit M. Coste-Floret, rester dans l'ombre où nul n'a le

(1) Abel Pouzol, *op. cit.*, introduction, p. 5.

droit d'aller le chercher, se dispenser de venir, en quelque manière que ce soit, en aide à la mère de son enfant où à l'enfant lui-même »(1). L'injustice apparaîtra plus criante encore, si l'on songe que les femmes qui se laissent séduire de la sorte, par l'espérance d'une union dont on fait miroiter tous les avantages à leurs yeux, appartiennent pour la plupart à la classe pauvre, au monde ouvrier, et sont le plus souvent victimes de leur position sociale, de leur état de dépendance, parfois de domesticité.

Chose curieuse, c'est au nom de l'intérêt du mariage qu'un philosophe du plus grand talent a tenté de justifier la prohibition de l'article 340 : « C'est le mariage, dit M. Brunetière, qui a pour objet de fixer la paternité et les devoirs qui lui incombent vis-à-vis des enfants. Demander la recherche de paternité, c'est donc décréter que la loi offrira elle-même à ceux que gênent ses rigueurs autant de facilités pour s'y soustraire que l'ingénieuse malice humaine inventera de moyens pour la tourner, c'est leur demander de reconnaître que tous les intérêts sociaux que l'on croit liés à la loi du mariage, n'y tiennent pas effectivement » (2).

On peut objecter à cette argumentation, que la

(1) Coste-Floret, thèse Paris, 1907, p. 18.

(2) Brunetière, *Revue des Deux Mondes*, 1883, t. V, p. 374. Quelques lignes plus loin, il pose le dilemme suivant : « Veut-on du mariage ou n'en veut-on pas ? N'en veut-on pas ? et pourvu que les hommes croissent et se multiplient, pense-t-on qu'il n'importe guère comment les générations sortent des générations ? La cause est entendue... Mais veut-on du mariage ? et croit-on que la constitution de la famille importe à la constitution de l'état ? La dureté du mot de Bonaparte ne

procréation crée des devoirs vis-à-vis des enfants aussi bien à l'encontre du père que de la mère. Nier l'existence des premiers hors de la famille légitime, c'est logiquement conduire à méconnaître les seconds. Les liens du sang unissent l'enfant à la fois au père et à la mère. C'est sur ces liens que sont basés les devoirs de paternité et de maternité, indépendamment de toute loi positive. Le législateur a pour seule mission de les régler, il va contre la nature, en les enlevant du domaine juridique. M. Brunetière a sacrifié au préjugé qui a fini par prendre racine dans les idées et dans les mœurs : il n'y a pas de père pour l'enfant naturel. L'état de droit a été exprimé comme un pur état de fait : il n'est pas marié, donc il n'a pas d'enfants : « et, chose étrange, s'écrie M. Pouzol, ces aphorismes monstrueux de l'égoïsme et de la débauche sont si bien devenus maximes courantes dans la morale des grandes villes que les mères elles-mêmes ont fini par les accepter » (1).

Sans nous attarder davantage sur les discussions passionnées qu'un tel sujet a fait naître, nous retiendrons comme prouvé de la flagrante iniquité commise par le législateur de l'article 340, les applications qu'en a faites la jurisprudence, je veux dire, les dérogations qu'elle y a apportées. Les tribunaux, se trouvant en contact quotidien avec la réalité vi-

peut alors qu'enfoncer dans les esprits l'impression de sa vérité ; le Code a raison et il faut interdire la recherche de la paternité. »

(1) Abel Pouzol, *op. cit.*, p. 89.

vante, sont fatalement amenés à statuer « *ex æquo et bono* » ; ils ne se sont même pas arrêtés devant un texte aussi impératif que l'article 340, accordant, nous l'avons vu, une indemnité à la fille-mère, lorsqu'elle présente une lettre du séducteur, reconnaissant sa faute.

Leurs solutions sont-elles pleinement satisfactories en équité ?

Loin de là, et il suffit d'observer pour s'en convaincre, dans quelles conditions favorables la fille-mère doit se trouver placée, pour avoir gain de cause : « Comme il faut, s'écrit M. Giraud, qu'elle ait trois fois raison pour obtenir justice ! Vous croyez peut-être qu'il suffit que l'homme ait coopéré à la faute pour être rendu responsable au même titre qu'elle et qu'unis dans la même action à un degré analogue, parce qu'ils ont subi le même entraînement réciproque, ils en partageront les conséquences. Détrompez-vous. Cela était la théorie de l'ancien droit, mais comme nous en sommes loin aujourd'hui ! Et comme la femme est traitée à la façon d'un être au-dessus des passions et des faiblesses humaines admises et comprises chez l'autre sexe, mais qui à elle doivent rester parfois étrangères ; si elle a succombé dans une situation égale ou à peu près égale avec son amant par son âge ou sa position sociale, qu'elle n'attende rien de la justice. » (1)

(1) Giraud, *Revue critique*, 1888, p. 751.

Ajoutons que les théories jurisprudentielles n'offrent jamais des garanties suffisantes de stabilité et de durée, lorsqu'elles ne s'appuient pas sur des textes législatifs ; elles sont assujetties à bien des flottements, exposées à tous les hasards de l'imprévu.

C'est le législateur qui est chargé d'édicter les règles de bonne organisation sociale ; la justice ne doit pas contredire ses décisions et elle a certainement dépassé son rôle dans la matière qui nous occupe.

Quelles sont donc les réformes législatives proposées !

Comme en toute matière délicate et difficile, elles sont nombreuses et très diverses. En ce qui concerne là recherche de paternité, nul ne songe à faire revivre les facilités qu'accordait l'ancien droit à la fille-mère, ni à fortiori, la pratique longtemps admise en Angleterre, d'après laquelle la femme était crue sur son serment. La vérité réside évidemment dans l'adoption d'une solution intermédiaire entre la prohibition absolue de l'article 340 et l'application intégrale de la maxime : « *creditur virgini parturienti* ». Quelle sera donc cette solution ?

M. Pouzol (1) propose d'admettre comme élément de preuve : 1° la possession d'état, car elle se compose de faits publics et chaque jour répétés, des résultats journaliers de toutes les relations de famille, de voisinage, de société (2). Comme le dit M. Demolombe,

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 271 et suivantes.

(2) Voir Bérenger, débats parlementaires, séance du 11 décembre 1883, discours de M. Naquet, 3^e coll., p. 1442.

« c'est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants, et offrant ainsi au plus haut point toutes les garanties possibles de liberté et de sécurité » (1) ; 2° l'aveu du père, résultant de lettres, missives ou autres écrits privés, mais à la différence de la reconnaissance, il constituerait plutôt un élément de conviction pour le juge, qu'un mode de preuve complet et suffisant ; 3° tout fait de séduction caractérisé par des manœuvres dolosives et notamment par une promesse de mariage.

A l'objection tirée de ce que les faits de séduction dolosive sont très imprécis et donnent lieu à beaucoup d'arbitraire, il répond que la jurisprudence les a suffisamment précisés : c'est l'abus d'autorité, c'est la violence, c'est la fraude, c'est surtout la promesse de mariage, car « elle constitue l'élément le plus considérable et le plus fréquent dans la chute d'une femme » (2 et 3).

La preuve testimoniale pourra être accueillie, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit ; les simples présomptions sont également reçues comme en matière délictuelle.

4° La présomption tirée du concubinage, car « le fait de la vie commune d'un homme ou d'une femme non mariés est susceptible par des témoignages, no-

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. V, p. 487.

(2) Bérenger, débats parlementaires, 1883, 3^e coll., p. 1433.

(3) Conformément aux décisions jurisprudentielles, M. Pouzol n'entend parler que des promesses de mariage ayant précédé et motivé l'établissement des relations illégitimes.

tamment par celui des voisins ; son origine et sa durée peuvent être établis d'une manière suffisante par rapport à des faits apparents qui sont la grossesse de la femme et son accouchement, et d'ailleurs rien ne donne à croire que la femme n'ait pas commis des infidélités qui n'eussent pas été tolérées sciemment. » (1)

M. Jacquier (2) proposait comme modes de preuve : 1° une reconnaissance authentique ou sous seing privé, pourvu que cette dernière soit en entier écrite, datée et signée de la main de celui dont elle émane ; au besoin et pour éviter de confier à de simples feuilles volantes sans garantie de conservation et de durée, un acte aussi important, exige-t-on qu'elle soit déposée chez un notaire, en la forme des testaments olographes ; 2° la possession d'état qu'il préconise d'une façon toute particulière : « traiter un bâtard comme tel, avouer publiquement le vice de sa naissance, c'est confesser sa propre honte et avouer son passé. On ne va pas ainsi, de gaieté de cœur, au-

(1) L'auteur désirerait, afin de mettre un frein plus puissant aux séductions dolosives, aux promesses de mariage fallacieuses, les ériger, lorsqu'elles offriraient un caractère de gravité particulière, en délits prévus et punis par la loi pénale.

(2) Jacquier, *Recherche de la paternité naturelle*, p. 86 et suiv. Il serait aussi partisan d'infliger certaines pénalités à l'auteur d'une séduction coupable, car, dit-il, « qu'est-ce que la séduction si ce n'est une variété du dol ? Or, le dol, employé comme pour obtenir une remise d'argent ou se créer un crédit imaginaire, est puni par l'article 485 du Code pénal, sous le nom d'estroquerie, comment ne le serait-il pas lorsqu'il est pratiqué pour surprendre non pas seulement la confiance d'un créancier, mais l'honneur et la vertu d'une femme ? »

devant des sévérités de l'opinion, parfois de ses flétrissures, sans y être poussé par une irrésistible vérité. » Il signale en troisième lieu, à l'attention du juge, les indices graves rendant vraisemblable sa parenté avec le père présumé : correspondance échangée, projet de reconnaissance, lettre écrite dans un moment d'abandon. On appliquerait, en ce cas, le droit commun relatif à la force probante d'un commencement de preuve par écrit. Il va plus loin encore, et pour enlever l'espoir de l'impunité « à celui qui pousserait la perversité jusqu'à la barbarie », il admettait l'enfant à faire preuve de sa paternité au moyen de simples présomptions graves, précises et concordantes. Les juges apprécieront souverainement.

M. Amiable (1) range au nombre des preuves qui devraient être reçues par les tribunaux : 1° l'acte privé, mais sous certaines réserves : il ne formera titre que transcrit sur les registres d'état civil, et il ne pourra être présenté à l'officier d'état civil, du vivant de son auteur que par ce dernier ou son mandataire, muni d'une procuration authentique. Après la mort du signataire, il serait présenté au président du tribunal qui en ordonnerait le dépôt entre les mains du notaire par lui commis après avoir constaté l'état de l'acte ; 2° la possession d'état ; 3° l'aveu consigné dans des lettres, missives ou autres écrits privés qui, sans constituer un mode de preuve complet et suffisant, serait, une fois vérifié, le principal élément de

(1) Amiable, *De la preuve de la paternité*, p. 130 et suiv.

conviction du juge. L'aveu purement verbal ne saurait servir de base à l'action en déclaration de paternité, mais M. Amiable donne aux juges une certaine latitude pour en tenir compte comme d'un complément de preuves abandonné à leur appréciation.

4° Il admet enfin la présomption basée sur les relations intimes qui ont existé entre la mère de l'enfant et le père prétendu, sur la séduction pratiquée par ce dernier au moyen de manœuvres dolosives, d'abus d'autorité, d'une promesse de mariage.

Les projets de réforme ont été appuyés à plusieurs reprises, par certains membres du Parlement. La 1^{re} proposition de loi date du 5 avril 1879 : elle émane de MM. Béranger, de Belcastel, de Coreil et Schœlder, sénateurs. Elle proclame en principe l'interdiction de la recherche de paternité, mais y apporte exception dans les cas de viol, enlèvement, séduction, lorsque l'époque du viol, de l'enlèvement, de la séduction se rapporte à celle de la conception, de possession d'état dans les conditions prévues par l'article 321.

La preuve testimoniale n'est admise que précédée d'un commencement de preuve par écrit, entendu dans le sens extensif de l'article 324.

La 2^e proposition autorise, en principe, la recherche de la paternité (1), mais la fille-mère doit présen-

(1) Elle a été déposée le 28 janvier 1895 ; elle émane de MM. Grousier, Viviani, Jaurès, Millerand. Une 3^e proposition a été faite le 9 juillet de la même année par M. Gustave Rivet, député.

ter une preuve écrite ou apporter des faits constants ou témoignages suffisants. La paternité reconnue, si le père refuse d'épouser la mère, celle-ci est en droit de lui réclamer une indemnité et des aliments pour l'enfant.

La prohibition de la recherche de la paternité est encore érigée en règle générale dans une proposition déposée le 17 juin 1897 (1), mais les exceptions sont nombreuses : rapt, enlèvement, viol, lorsque l'époque où ils se sont produits coïncide avec celle de la conception, séduction à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage, lettres missives ou autre écrit privé signés par le prétendu père et desquels résulte un aveu non équivoque de paternité au profit de l'enfant ; cohabitation notoire avec la mère pendant la période légale de la conception, à moins qu'à cette époque, la femme ait eu commerce avec un autre individu, qu'elle soit d'une inconduite notoire, ou que le demandeur ait été dans l'impossibilité physique d'amener une grossesse.

Ces diverses exceptions tombent toutes, et la disposition de l'article 340 actuel reprend vigueur, lorsque le prétendu père était marié lors de la conception. Ce principe, inspiré par le désir de maintenir intacts les droits de la famille légitime, de ne pas tolérer qu'ils puissent être lésés par une faute du chef, est des plus critiquables, à raison de son exa-

(1) Son auteur est M. Julien Goujon, député.

génération et des injustices auxquelles il peut donner naissance. Dans combien de cas, les agissements du père ou d'un membre quelconque de la famille, retombent sur cette dernière ? Un délit est-il commis, une amende infligée, des dettes contractées pour assouvir une passion : alcool, jeu, etc., le patrimoine des enfants ne se trouve-t-il pas diminué ? Ces dettes ne pèsent-elles pas sur l'avoir de la famille ? Pourquoi n'apporterait-on pas des solutions analogues, lorsqu'à la suite de relations coupables, une jeune fille a subi un préjudice sérieux, particulièrement lorsqu'il est survenu une grossesse ? Pourquoi ne condamnerait-on pas la coupable à payer sa dette envers la fille-mère et l'enfant ?

Nous conviendrons sans peine que cette situation d'homme marié constitue une présomption favorable à la cause du prétendu père et que le juge se montre plus exigeant envers la réclamante. Mais attribuer, à cette circonstance, la puissance d'une preuve irréfragable, est quelque chose d'abusif.

Aussi a-t-on effacé l'article 340 de la dernière proposition de loi faite dans le sens d'une recherche de paternité et qui remonte au 28 janvier 1905.

Moins nombreuses ont été les propositions de loi relatives à la matière des simples promesses de mariage, conclues sans arrière-pensée de séduction, dans le but unique de préparer aux futurs époux l'entrée dans la vie conjugale. Cela tient à ce que cette matière n'a pas soulevé les polémiques ardentes qu'a suscitées la prohibition absolue de toute re-

connaissance forcée de paternité. Elle met en jeu, en effet, des intérêts moins sensibles ; elle ne constitue pas un aspect de l'éternelle lutte entre le riche et le pauvre, entre la classe dominante et la classe asservie. C'est pourquoi, nous ne la voyons pas mêlée aux agitations politiques et sociales de l'heure présente ; l'œuvre doctrinale, en vue d'une réforme législative, est plus faible et s'accomplit silencieusement.

La Commission de revision du Code civil s'est néanmoins occupée activement des fiançailles. Nous ne pouvons nous empêcher de reproduire in extenso le questionnaire de M. Soleilles, approuvé par le Comité de rédaction (1), dans lequel se trouvent admirablement résumées l'ensemble des questions qui peuvent se poser relativement au contrat qui nous occupe :

1° Y a-t-il lieu de réglementer les fiançailles ou faut-il laisser la sanction relative à la rupture des fiançailles, à l'application pure et simple de la responsabilité du droit commun en matière de délits ?

2° Dans le cas où l'on s'en tiendrait au dernier système de la responsabilité délictuelle, faudrait-il tout au moins, au titre de la responsabilité délictuelle, fixer les conditions dans lesquelles une réparation serait due ?

3° Si, au contraire, on doit considérer les fian-

(1) Voir *Bulletin de la société d'études législatives*, n° 3, p. 323-324.

çailles comme un contrat spécial, faut-il consacrer un chapitre préliminaire au début du titre du mariage, chapitre destiné à déterminer quels seraient les effets du contrat de fiançailles ?

4° Faudrait-il, en ce cas, admettre, à l'exemple des législations étrangères, la nullité de toute clause pénale stipulée pour le cas de non-conclusion du mariage ?

5° Au cas de dédit, faut-il laisser aux tribunaux le soin d'apprécier si la cause de rupture est suffisante pour justifier à la charge de celui des fiancés qui a pris l'initiative de la rupture, une obligation à des dommages-intérêts ?

6° Cette obligation ne doit-elle comprendre que le dommage patrimonial ou bien doit-elle s'étendre au dommage moral ?

7° Pour ce qui est du dommage patrimonial, devra-t-il comprendre toutes les dépenses faites en vue du mariage, ou seulement celles autorisées par l'usage et conformes à la situation sociale des fiancés ?

8° La réparation du dommage moral, si on l'admet, doit-elle être laissée à l'appréciation du juge ou, au contraire, être limitée à certaines hypothèses prévues et déterminées par la loi ?

9° Si on devait admettre ce système de limitation et de spécialisation du dommage moral, à l'exemple du Code civil allemand et à l'opposé du système large du projet suisse, faudra-t-il en réserver l'application au cas où il y aurait eu cohabitation préalable au mariage ?

10° Faudra-t-il, tout au moins, ne l'admettre qu'au profit de la fiancée et sous les conditions que celle-ci ait eu une conduite irréprochable ?

11° Dans quelle mesure faudrait-il admettre la transmissibilité du droit à l'indemnité pour le cas de rupture des fiançailles, soit qu'il s'agisse de réparation pour dommage patrimonial, soit de réparation pour dommage moral ?

12° Dans quelle mesure et quel délai admettre la prescription de l'action correspondant à ce droit d'indemnité ?

La voie est ainsi nettement tracée au législateur, mais nous n'osons affirmer que l'œuvre législative se réalisera dans un avenir prochain.

Montpellier, le 14 mars 1908
Vu, le Doyen de la Faculté de Droit,
VIGIÉ.

Montpellier, le 14 mars 1908.
Vu, le président de la thèse
J. CHARMONT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 14 mars 1908.
Le Recteur,
Ant. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — Précis de droit romain.
- ADAM (Jules). — Code civil de l'empire du Japon. Traduction.
- AMIABLE. — De la preuve de la paternité.
- ANCELOT. — De la jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la vie privée. *Revue critique*, 18 62, t. XXI.
- ANQUETIL. — Histoire de France.
- Assises de Jérusalem*. Publication par le comte Beugnot. 1841-1843.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit français.
- AULU-GELLE. — Nuits attiques.
- BALUZE. — Recueil.
- BEAUCHET. — Histoire du droit privé dans la République athénienne.
- BEAUMANOIR. — Coutume de Beauvaisis, éd. Beugnot.
- BENEDICTUS LEVITA. — Collection de capitulaires.
- BÉRENGER. — Débats parlementaires, 3^e coll.
- BERTAULD. — De la jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la liberté de la vie privée. *Revue critique*, 1862, t. XXI.
- BOSC. — Essai sur les éléments constitutifs du délit privé.
- BOUTARIC. — Institutes.
- BOUTEILLER. — Somme rurale, revue et corrigée par Charan-das le Caron.

BRISAUD. — Cours d'histoire générale du droit français public ou privé.

BRUNETIÈRE. — Question de morale sociale. La recherche de la paternité. *Revue des Deux-Mondes*, année 1883, t. V.

Bulletin de la Société d'études législatives, n° 3.

CÉSAR. — De bello gallico.

CHARMONT. — Jurisprudence civile, questions de responsabilité. *Revue critique*, 1898. Abus du droit. *Revue trimestrielle*, 1902.

CHAUSSE. — De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895.

AMBROISE COLIN. — Des fiançailles et des promesses de mariage, thèse Paris, 1887.

Corpus juris canonici. Edition d'Amilius Ludovicus Richter.

Corpus juris civilis. (Digesta, Pandectæ, Codex, Authenticæ, Novellæ Constitutiones, Edicta), opera et cura C.-M. Galisset.

COSTE-FLORET. — La recherche judiciaire de la filiation naturelle, thèse Paris, 1907.

CUJAS. — Opera omnia. Editio nova cura C -Annibalis Fabroti.

CUQ. — Institutions juridiques des Romains.

DALLOZ. — Jurisprudence générale.

DANZ. — Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts.

DARESTE. — Les anciens Codes Brahmaniques, *Journal des savants*, 1884.

DE CLERCQ. — Code civil général de l'empire d'Autriche.

DE GONCOURT. — La femme au XVIII^e siècle.

DE FONTAINES (Pierre). — Conseil à un ami.

DELVINCOURT. — Institutes de droit français.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon.

DURAND DE MAILLANE. — Institutes de droit canonique.

DURANTON. — Cours de droit français sur le Code civil.

ESCAT. — Des fiançailles et de la nécessité de les faire intervenir dans la loi du mariage. *Réforme sociale*, année 1901, t. II.

ESMEIN. — Cours élémentaire d'histoire du droit français. — Le mariage en droit canonique. — Le serment promissoire en droit canonique. Nouvelle Revue historique, t. XII. — Mélanges d'histoire du droit et de critique. — Etude des contrats dans le très ancien droit français.

Etablissements de Saint-Louis, avec introduction et notes de Paul Viollet.

FAVARD. — Répertoire, t. II.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil.

FÉVRET. — Traité de l'abus.

FOURNER. — Des officialités au Moyen-Age.

FUSTEL DE COULANGE. — La cité antique.

GINOULHIAC. — Histoire du régime dotal et de la communauté en France.

GIRARD. — Traité élémentaire de droit romain.

GIRAUD. — Des promesses de mariage. Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1888. — Essai sur l'histoire du droit français.

GLASSON. — Du consentement des époux au mariage. — Du mariage civil et du divorce.

GRASSERIE (Raoul de la). — Code civil suédois. — Droit civil allemand. Traductions.

HOSTIENSIS. — Summa.

HUBER (Eugène). — Avant-projet du Code civil suisse.

HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. — Code civil italien et le Code Napoléon.

IHÉRING. — Esprit du droit romain. Traduction Meulenaere. *Iliade*, livres 9, 10 et 11.

ISAMBERT. — Recueil des anciennes lois franques.

JACOMET. — Des fiançailles et des promesses de mariage. Thèse Montpellier, 1902.

JACQUIER. — Recherche de la paternité naturelle.

LA BOISSONNADE. — Histoire du droit de l'époux survivant.

- LABOULAYE. — Condition civile et politique des femmes.
- LAFERRIÈRE. — Histoire des principes, des institutions, des lois de la Révolution française, depuis 1789 à 1800.
- LAURENT. — Cours élémentaire de droit civil. — Principes de droit civil français. — Avant-projet de revision du Code civil belge.
- LECLÈRE. — Codes Cambodgiens. Traduction.
- LEFEBVRE. — Leçon d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français Cours 1899-1900.
- LEHR. — Droit anglais codifié.
- LE PLAY. — Les ouvriers européens, t. I.
- LETOURNEAU. — L'évolution du mariage et de la famille.
- LEVÉ. — Code civil espagnol. Traduction.
- LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France.
- Lois des Francs contenant la loi Salique et la loi Ripuaire, par Peyré.*
- PIERRE LOMBARD. — Sententiæ.
- LOYSEL. — Institutes coutumières. Nouvelle édition Dupin et Laboulaye.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code civil.
- MARCUFÈ. — Formules.
- MAYNZ. — Cours de droit romain.
- MERLIN. — Répertoire, t. V.
- MEYNIAL. — Le mariage après les invasions. — De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire.
- MICHELET. — Origines du droit français ; t. XXXVIII de ses œuvres complètes.
- MOMMSEN. — Droit public.
- MOURLON. — Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon.
- PANDECTES FRANÇAISES. — Ed. Laporte, t III.
- PAVITT. — Le droit anglais codifié. Traduction.
- PHILASTRE. — Code annamite. Traduction.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, éd. 1907.

- POUZOL. — La recherche de la paternité.
- ROZIÈRES. — Recueil général de formules usitées dans l'empire franc.
- SALEILLES. — Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand. *Revue critique*, 1901, t. II.
- SIREY. — Les Codes annotés.
- SOGLIA (Cardinal). — *Institutiones juris privati ecclesiastici libri III.*
- SOURDAT. — Traité général de la responsabilité.
- TACITE. — *Annales*. — *De moribus Germanorum*.
- THUCYDIDE. — Guerre du Péloponèse, livre II.
- TOULLIER. — Droit civil français.
- TRIEPOLS. — Code néerlandais. Traduction.
- TROPLONG. — Traité général du Code civil.
- VERNEAU. — Races humaines.
- VIOLLET. — Précis d'histoire du droit.
- VOIGT. — *Römische Rechtsgeschichte*.
- WESTERMARK. — Origines du mariage dans l'espèce humaine.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'INSTITUTION DES FIANÇAILLES. SON ÉVOLUTION, SON AVENIR	7

PREMIÈRE PARTIE

LES FIANÇAILLES DANS L'ANTIQUITÉ GRECQUE, ROMAINE ET GERMANIQUE.

CHAPITRE PREMIER. — Les fiançailles dans le droit grec	19
SECTION PREMIÈRE. — Les fiançailles à l'époque Homérique. Leur véritable nature juridique.	19
SECTION II. — Les fiançailles attiques. Contro- verses sur leur valeur juridique	24
CHAPITRE II. — Les fiançailles à Rome	31
SECTION PREMIÈRE. — Droit primitif. Mode de formation des sponsalia. Personnes appe- lées à fournir leur consentement. Force obligatoire de la promesse	31
SECTION II. — Évolution des fiançailles jusqu'au Bas-Empire. Leur laïcisation, leur sanction, stipulatio pœnæ, arrhæ sponsalitiae. Person- nes appelées à donner leur consentement : décroissance de l'autorité paternelle, auto- rité grandissante de la mère, rôle efficace des protecteurs de la femme sui juris. Em- pêchements à fiançailles. Effets des fian- çailles, leurs analogies frappantes avec le mariage. Leur mode de dissolution	41

SECTION III. — Droit chrétien. Indépendance à peu près complète des fils de famille ; empêchement des pouvoirs publics sur la puissance domestique. Sanction énergique des fiançailles : pratique des arrhes, rétablissement de la stipulatio pœnæ, réglementation des donationes ante nuptias. Modes de preuve des fiançailles durant les 3 périodes romaines.	62
CHAPITRE III. — Les fiançailles en Germanie . . .	76
SECTION PREMIÈRE. — Du consentement aux fiançailles ; divergences chez les lois barbares, dans quel sens, l'évolution ?	78
SECTION II. — Empêchements à fiançailles. Age requis.	86
SECTION III. — Mode de formation des fiançailles. Controverses sur le caractère du pretium nuptiale	93
SECTION IV. — Effets des fiançailles	105
SECTION V. — Justes motifs de rupture	107
SECTION VI. — Modes de preuve des fiançailles.	110

DEUXIÈME PARTIE

ÉVOLUTION DES FIANÇAILLES DANS L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER. — Les fiançailles canoniques	114
SECTION PREMIÈRE. — Consentement aux fiançailles. — Théories individualistes de l'Eglise	114
SECTION II. — Empêchements à fiançailles. Impedimentum publicæ honestatis. Age requis.	118

SECTION III. — Modes de formation des fiançailles. Sponsalia per verba de futuro, jurata aut non jurata; sponsalia per verba de presenti : théorie de Gratien, théorie de Pierre Lombard, théorie définitive. Du mariage conditionnel. Importance de la copula carnalis ; son remplacement, depuis le Concile de Trente, par la présence du prêtre et de deux témoins	122
SECTION IV. — Effets respectifs des diverses espèces de sponsalia	128
SECTION V. — Motifs légitimes de rupture. . .	133
SECTION VI. — Modes de preuve des fiançailles. Etat nouveau de la législation canonique en vertu du récent décret du pape Pie X .	136
CHAPITRE II. — Les fiançailles d'après la législation civile	140
SECTION PREMIÈRE. — Consentement aux fiançailles. Abus d'autorité des pouvoirs publics, principalement sous la féodalité ; rôle prépondérant de la famille, même en plein dix-huitième siècle	140
SECTION II. — Empêchement à fiançailles. Age requis.	155
SECTION III. — Modes de formation des fiançailles. Caractère obligatoire de la dot . .	157
SECTION IV. — Effets de fiançailles	165
SECTION V. — Justes causes de dissolution. .	174
SECTION VI. — Modes de preuve des fiançailles.	176
CHAPITRE III. — Des juridictions ecclésiastiques en matière de fiançailles.	178
SECTION PREMIÈRE. — Progrès rapides des justices d'église. Causes de leur développement .	179

SECTION II. — Période d'apogée. — Leur compétence à peu près exclusive en matière matrimoniale	181
SECTION III. — Période de décadence. Œuvre de la royauté, appui des légistes et des parlementaires	183

TROISIÈME PARTIE

LES FIANÇAILLES DEPUIS LA RÉVOLUTION JUSQU'À NOS JOURS

CHAPITRE PREMIER. — Fiançailles sous la Révolution. Leur disparition complète du domaine juridique. Projets de rétablissement de cette institution	194
CHAPITRE II. — Fiançailles dans le Code civil. — Leur assimilation à une convention ordinaire	199
CHAPITRE III. — Théories doctrinales.	202
SECTION PREMIÈRE. — Théories de la validité et de la non validité des promesses de mariage. — Rapprochements des deux théories. — Clauses pénales ; <i>lucrum cessans</i> . — Agents matrimoniaux. — Conventions de peine entre deux pères de famille, à propos des fiançailles de leurs enfants	202
SECTION II. — Indemnité à allouer à la victime d'un injuste refus. Dommage matériel ; dommage moral. — Illogisme de la doctrine. — Théorie de M. Huc. — Théorie de l'abus du droit appliquée à notre matière.	219
SECTION III. — Indemnité à allouer à la fille-mère, lorsque les causes sexuelles ont eu pour cause déterminante une promesse de mariage. Réfutation des systèmes de MM. Laurent, Demolombe, Glasson.	228

SECTION IV. — Justes motifs de refus. Théorie de M. Huc	234
SECTION V. — Preuves des promesses de mariage.	240
CHAPITRE IV. — Théories jurisprudentielles . . .	246
SECTION PREMIÈRE. — Théories de la validité et de la non-validité des promesses de mariage. Consécration de la première théorie par les arrêts anciens ; fixation de la jurisprudence en sens contraire avec toutes les conséquences admises par la doctrine. . .	247
SECTION II. — Indemnité à allouer à la victime d'un injuste refus. — Indemnisation du préjudice moral proprement dit par la grosse majorité des arrêts.	254
SECTION III. — Dommages-intérêts contre l'auteur d'une grossesse. — Méconnaissance de l'article 340.	261
SECTION IV. — Justes causes de rupture. . .	265
SECTION V. — Modes de preuve admis à l'effet d'établir une promesse de mariage. . . .	270
CHAPITRE V. — Les fiançailles à l'étranger. . .	275
SECTION PREMIÈRE. — Nations latines : Espagne, Italie, Portugal.	275
SECTION II. — Nations germaniques : Allemagne, Suisse, Autriche	281
SECTION III. — Nations slaves : pays soumis au Svod, Pologne, provinces baltiques. . .	289
SECTION IV. — Nations scandinaves : Suède . .	291
SECTION V. — Législations néerlandaise et anglaise	293
SECTION VI. — Législations américaines . . .	295
CONCLUSION. — Critiques du Code civil, projets de réforme.	300

